EUNSA

Cuestiones fundamentales de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado



Eduardo Molano

Canónica
Instituto Martín de Azpilcueta

CUESTIONES FUNDAMENTALES DE DERECHO CANÓNICO
Y DE DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO

Esta publicación ha sido posible gracias a la ayuda del Centro Académico Romano Fundación (CARF).

Primera edición: Febrero 2015

ISBN: 978-84-313-3036-1
Depósito legal: NA 115-2015

Ilustración cubierta: *Gregorio IX aprobando las Decretales recopiladas por Raimundo de Peñafort*. Rafael Sanzio de Urbino. Estancias Vaticanas

Imprime: Ulzama digital, S.L. Pol. Areta. Huarte (Navarra)

Printed in Spain – Impreso en España

Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA)
Plaza de los Sauces, 1 y 2. 31010 Barañáin (Navarra) - España
Teléfono: +34 948 256 850 - Fax: +34 948 256 850
e-mail: info@eunsa.es

EDUARDO MOLANO

CUESTIONES FUNDAMENTALES DE DERECHO CANÓNICO Y DE DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO



EDICIONES UNIVERSIDAD DE NAVARRA, S.A.
PAMPLONA

ÍNDICE

PARTE IV
DERECHO CONSTITUCIONAL CANÓNICO

PARTE V
LA CONSTITUCIÓN JERÁRQUICA DE LA IGLESIA

PARTE VI
MATRIMONIO Y FAMILIA

PARTE VII
DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO

PRESENTACIÓN

Mi temprano interés por el Derecho Natural fue uno de los motivos que me llevaron a elegir los estudios de Derecho cuando todavía era un alumno del curso preuniversitario. Si a eso se añade mi interés simultáneo por la Filosofía, se podrá comprender por qué las materias que más me interesaron del plan de estudios de la Licenciatura en Derecho –que estaba vigente entonces en la Universidad española– fueran precisamente las de Derecho Natural y de Filosofía del Derecho. De tal manera que enseguida concebí la idea de dedicarme en el futuro a la enseñanza de esas materias en la Universidad.

Por razones que no son ahora del caso, y que surgieron después, al final acabé orientándome hacia la enseñanza del Derecho Canónico y del Derecho Eclesiástico del Estado. Pero, tanto al comienzo como al final de mi docencia universitaria, por diversos avatares académicos, he tenido que hacerme cargo también de la enseñanza del Derecho Natural y de la Filosofía del Derecho, tanto en la Facultad de Derecho como en la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra. Por eso, nunca dejaron de interesarme las cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho y, por tanto, las cuestiones referidas al Derecho natural y, en su caso, al Derecho divino positivo.

Todo ello no podía dejar de manifestarse en mi investigación y en mis publicaciones a lo largo de estos años. Explica también la razón del título escogido para denominar esta recopilación de estudios que ahora presento: *Cuestiones fundamentales de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*. Se trata de una selección de trabajos que recoge una buena parte de mi producción científica sobre el Derecho Canónico y el Derecho Eclesiástico del Estado, en la que se refleja –de una manera u otra– ese interés por los fundamentos del Derecho y de las instituciones jurídicas al que acabo de referirme y que forman parte sin duda de mi itinerario personal y académico.

Por lo que se refiere al contenido de este volumen, habría que decir que la mayor parte de estos escritos se refieren al Derecho Canónico y solo está dedicada la parte final al Derecho Eclesiástico del Estado. Ello es así por la sencilla razón de que la mayor parte de mi producción jurídica ha sido dedicada al Derecho de la Iglesia y una parte menor al Derecho del Estado. Pero también es verdad que me he tenido que ocupar de la docencia e investigación del Derecho Eclesiástico estatal, al menos durante algunos periodos de mi vida académica, y no quería que algunas de las publicaciones que fueron el resultado de esa dedicación quedasen excluidas de esta recopilación.

Pero, si se me permite, quisiera abundar un poco más en el sentido que tiene la calificación usada para denominar a estos trabajos como *cuestiones fundamentales.* Podría pensarse que no todos los estudios aquí recogidos tratan realmente de cuestiones fundamentales propiamente dichas, y quizá sea verdad. Me interesa la fundamentación del derecho, pero me interesan también las cuestiones concretas y los problemas reales, teniendo en cuenta todas sus circunstancias. Me interesa cómo la justicia y lo justo se manifiestan en todos los ámbitos del derecho, y, por tanto, también en el derecho positivo. Por eso, en muchos de los trabajos aquí recogidos se tratan cuestiones de derecho positivo y se trata de los problemas concretos que plantean, tanto en el ámbito de la Iglesia como en el ámbito del Estado. Sin embargo, más allá de los temas tratados, pienso que todos esos trabajos tienen un *denominador común* que es el que permite calificarlos de fundamentales.

Por una parte, en todas mis tareas investigadoras ha estado siempre presente la ya mencionada preocupación por los *fundamentos del derecho y de las instituciones jurídicas*. Por otra parte, considero que esos fundamentos se encuentran en el derecho natural o en el derecho divino positivo. De ahí que, al abordar las diferentes cuestiones que se plantean en el Derecho Canónico, me haya interesado muy especialmente por las relaciones que unen entre sí al llamado «derecho eclesiástico humano» con el derecho divino, natural y positivo. De modo semejante, en el caso del Derecho Eclesiástico del Estado, me he interesado especialmente por las relaciones que también unen entre sí al derecho positivo con el derecho natural.

Por eso, la mayor parte de los estudios aquí recopilados, o bien tratan de cuestiones que, en sí mismas, pueden considerarse como fundamentales en el ámbito del Derecho Canónico y del Derecho Eclesiástico del Estado; o bien tratan de materias que, aun no siendo en sí mismas fundamentales, han sido enfocadas desde esa búsqueda de los fundamentos del Derecho a la que antes he aludido. Se comprenderá mejor lo que quiero decir, si hago también unas breves

referencias al contexto en el que se fue desarrollando mi dedicación al Derecho Canónico y, en su caso, al Derecho Eclesiástico del Estado.

Precisamente hace poco tiempo se han cumplido los cincuenta años de la apertura del Concilio Vaticano II, el Concilio Ecuménico que puso en el centro de su atención el misterio de la Iglesia, y cuyo Magisterio ha contribuido poderosamente a la profundización de la doctrina eclesiológica derivada de la Revelación. Cuando se estaba celebrando el Concilio, yo estaba realizando a mi vez los estudios de la Licenciatura en Derecho. Tuve incluso la oportunidad de asistir personalmente al acto de la clausura solemne del Concilio, que tuvo lugar en la plaza de San Pedro el 7 de diciembre de 1965. Ese acontecimiento se me quedó tan grabado en la memoria que podría recordar todavía muchos de los detalles de aquella celebración, en una mañana de sol radiante cuya luminosidad pudo contribuir también así a la brillantez de los actos.

Por esas fechas, me faltaba todavía un año para terminar los estudios de la Licenciatura en la Facultad de Derecho, y aún no había ni siquiera comenzado los estudios de Licenciatura en la Facultad de Derecho Canónico, cosa que tendría lugar dos años más tarde en la Universidad de Navarra. Por eso, cuando inicié esos estudios de Derecho Canónico me tocó formar parte de una generación de futuros canonistas que, por ser inmediatamente posterior al Concilio, se encontró enseguida con el nuevo Derecho Canónico que se comenzaba a elaborar a partir de la Eclesiología del Vaticano II. En esta etapa se sentía de manera muy viva, por una parte, la necesidad de conocer a fondo el misterio de la Iglesia; por otra parte, la necesidad de enseñar el Derecho Canónico teniendo en cuenta ese misterio, como el propio Concilio había establecido para las que llamaba disciplinas teológicas (*Optatam totius*, n. 16).

Recuerdo que cuando empecé mi tarea como Ayudante de la Cátedra de Derecho Canónico del Prof. Pedro Lombardía –en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra– me encomendó enseguida la dirección de un Seminario para alumnos del curso de Licenciatura. El tema elegido para ese Seminario tenía entonces una gran actualidad: las relaciones entre autoridad y libertad dentro de la Iglesia. La investigación sobre ese tema continuó y, después de sufrir algunas transformaciones, llegó a convertirse en lo que llegaría a ser mi tesis doctoral, que fue dirigida por el querido maestro, y defendida unos años más tarde en la misma Facultad de Derecho, bajo el título de «La autonomía privada en el ordenamiento Canónico» (está recogida en un libro editado por EUNSA y publicado en Pamplona en 1974).

Fruto de esa época fue también el primero de los escritos que están recogidos en la primera parte de esta recopilación y que fue también uno de los primeros

que publiqué sobre el Derecho Canónico. Este escrito formaba parte de una encuesta realizada por el Prof. Pedro Juan Viladrich a una serie de jóvenes investigadores –a quienes la revista «*Ius Canonicum*» llamaba «la nueva Canonística»– y que fueron publicadas en un número de esa revista. Se trataba de un número monográfico dedicado al nuevo Derecho de la Iglesia que estaba surgiendo. El título elegido por la revista –en forma de interrogante– era provocador, y se parecía más al que suelen utilizar los medios que al que pudiera parecer propio de una revista científica: «¿Un nuevo Derecho Canónico?».

Pues bien, en esta recopilación de estudios he querido recoger este escrito primerizo, no tanto por su valor en sí, sino porque es muy significativo del ambiente que se respiraba entonces en la que –solo hablando un tanto presuntuosamente– podría ser considerada una nueva Canonística. También para que se pueda comprobar lo que entonces se pensaba sobre cómo debería ser el nuevo Derecho Canónico, así como lo que yo mismo pensaba sobre algunas cuestiones candentes del momento, como pudiera ser el Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia, que a algunos canonistas de aquella generación nos parecía un buen recurso de técnica legislativa para el Derecho Canónico que se estaba gestando. Por otra parte, teniendo en cuenta mis respuestas a esa encuesta, también se puede comprobar ahora cómo, con el paso de los años y el cambio de las circunstancias, he ido cambiando de opinión en algunos temas. Por eso, para hacerse cargo de lo que realmente pienso ahora habría que tener en cuenta mi reciente libro «Derecho Constitucional Canónico» (EUNSA, Pamplona, 2013), en el que trato de fundamentar el actual Derecho Constitucional de la Iglesia sobre el Derecho divino, y opino además que no me parece que sea necesaria una constitución de carácter formal.

Mi interés por el Derecho divino, natural y positivo, se concretó también en el tema que elegí para mi tesis de Doctorado en la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra. En ella traté de estudiar la esencia del matrimonio para poder confrontar la doctrina canónica tradicional sobre este tema con la renovada perspectiva que suponía la doctrina del Vaticano II. La tesis fue dirigida por el Prof. Javier Hervada, con el que había comenzado entonces a colaborar en la docencia del Derecho Natural y de la Filosofía del Derecho, y fue publicada también por EUNSA, bajo el título de «Contribución al estudio sobre la esencia del matrimonio» (Pamplona, 1978).

Poco después, a partir del curso 1977-1978, se me encomendó la docencia del Derecho Constitucional Canónico en la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra. Pero, a los pocos años, cuando se produjo mi acceso a la cátedra de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado en las

Facultades de Derecho españolas, tuve que interrumpir esa docencia para incorporarme, sucesivamente, primero a la Universidad de Córdoba, y después a la Universidad de Zaragoza. En esos años de estancia en estas dos Universidades del Estado tuve que asumir la docencia del Derecho Canónico y del Derecho Eclesiástico de acuerdo con los programas y contenidos exigidos por los planes de estudio de una Facultad de Derecho. Por eso, como es natural, todo esto se reflejó también en los temas que fueron objeto de mi investigación y de mis publicaciones en esos años. En esta recopilación de escritos, he querido recoger también algunas publicaciones pertenecientes a esa etapa, para que se pueda ver cómo se reflejó en ellas.

En el curso 1986-87 regresé a la Universidad de Navarra, y pude reanudar de nuevo mis clases de Derecho Constitucional Canónico. Ha sido sobre todo a partir de esta segunda etapa de la docencia e investigación de esta disciplina académica cuando he ido adquiriendo la convicción de que el Derecho Constitucional de la Iglesia es esencialmente Derecho divino, como he tratado de exponer en algunos de los escritos aquí recogidos, y sobre todo en mi libro de Derecho Constitucional anteriormente citado. También la Iglesia tiene una «Constitución divina» –con una dimensión jurídica– que permite hablar de un Derecho Constitucional Canónico en sentido material. Por eso, el estudio y la docencia de esta materia me han dado también la oportunidad de mirar el Derecho Canónico, no solo a la luz del misterio de la Iglesia, sino también bajo esa perspectiva del Derecho divino, la cual se ha ido convirtiendo para mí –cada vez con mayor intensidad– en lo que se podría calificar de un *habitus mentis* como jurista.

Todas estas experiencias investigadoras y docentes y, sobre todo, mi interés personal por el Derecho natural y por el Derecho divino positivo, fueron configurando paulatinamente mi perfil como jurista y como canonista. Por eso, si tuviera que definirme como jurista tendría que decir que me considero ante todo un *iusnaturalista*; a la vez, como canonista, me tendría que definir como un *constitucionalista*, aunque en este caso tendría que repetir de nuevo que considero que el Derecho Constitucional de la Iglesia es esencialmente Derecho divino. Si siento la necesidad de decirlo en esta *Presentación*, es para que se pueda entender y comprender mejor el sentido y el significado de los estudios recogidos en este volumen, en los que pienso que se manifiesta de un modo natural este modo de ver y de enfocar el Derecho, tal como se ha ido configurando en mi trayectoria científica a lo largo de estos años.

En el volumen que estoy presentando se recogen escritos que se publicaron entre 1971 y 2013. En lugar de ponerlos por orden cronológico, he preferido

agruparlos por orden sistemático para darles una mayor unidad, y los he dividido en siete partes. De este modo, el volumen tiene la estructura de un libro, en el que los diversos estudios en él recogidos son como los capítulos en los que se subdividen, a su vez, cada una de esas siete partes. Todo el volumen va precedido de un trabajo que hace de *Introducción*.

Sobre esta *Introducción* quisiera decir que está basada en un artículo ya publicado en la revista «*Ius Canonicum*». Lo escribí originariamente pensando sobre todo en mis alumnos de Filosofía de Derecho. Como he recordado antes, en diversas etapas de mi vida académica, he tenido que encargarme de la enseñanza de esta disciplina, tanto en la Facultad de Derecho como en la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra. Con ese escrito intentaba facilitar a mis alumnos el conocimiento de las nociones básicas sobre el Derecho y la justicia, según la teoría clásica del Derecho Natural y el realismo jurídico. Ahora lo he reelaborado en su totalidad para publicarlo aquí. He tratado de conservar su estructura inicial, pero he hecho abundantes modificaciones para tratar de precisar y de matizar mejor las diversas cuestiones. Hace años, en mi libro de *Introducción al Derecho Canónico y al Derecho Eclesiástico del Estado* (Editorial Bosch, Barcelona, 1984), dediqué su primer capítulo a tratar de perfilar la noción de Derecho que iba a utilizar como fundamento del concepto de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado. En el fondo, lo que he pretendido ahora es tratar de actualizar, contrastándolo con la teoría clásica del Derecho, lo que entonces escribí en ese capítulo sobre «el concepto de Derecho y la ciencia jurídica».

Por eso, también ahora me gustaría que esta *Introducción* al presente volumen pudiera servir como clave de interpretación para poder entender y comprender mejor los fundamentos jurídicos en que se basan los escritos sobre Derecho Canónico y sobre Derecho Eclesiástico del Estado recogidos en él. Los principios de la justicia y del Derecho que están recogidos en esta *Introducción* han sido como la fuente de inspiración a la que he recurrido en mis tareas docentes e investigadoras. Por ello, de un modo u otro –implícito o explícito– están presentes también en esta recopilación de estudios de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico. Naturalmente, habría que añadir que, en el caso del Derecho Canónico, estos escritos tienen ante todo su fundamento en el misterio de la Iglesia (de ello se trata en diversos lugares, pero sobre todo en los dos estudios recogidos en la primera parte: *La Teología del Derecho Canónico, nueva disciplina*, y *La Eclesiología del Concilio Vaticano II y el Derecho Canónico*).

Dejando aparte la *Introducción*, todos los demás estudios contenidos en el volumen que ahora presento he preferido publicarlos sin ninguna modificación, conservando la forma y el contenido que tenían en la publicación original. Lo

cual quiere decir que en ellos se refleja también el contexto y las circunstancias particulares en las que fueron escritos. En este sentido, para no incurrir en anacronismos, es obvio que habría que tenerlo presente a la hora de leerlos o releerlos.

La división en siete partes obedece a la agrupación por materias que me ha parecido más natural, teniendo en cuenta las diferentes cuestiones a las que se refieren. Las seis primeras partes se refieren al Derecho Canónico, y la séptima y última al Derecho Eclesiástico del Estado. Esta proporción refleja sencillamente que, como ya dije más arriba, a lo largo de estos años ha sido mayor mi dedicación al Derecho Canónico que al Derecho Eclesiástico del Estado.

La primera parte (*Teología, Eclesiología y Derecho Canónico*) está dedicada a cuestiones que podrían calificarse de interdisciplinares, como son las relaciones que pueden darse entre las diferentes disciplinas teológicas y jurídicas.

La segunda parte (*Derecho Natural y Derecho Canónico*) se refiere al Derecho Natural y a su incidencia en el ordenamiento jurídico, dedicándose los dos últimos estudios al principio de autonomía privada y a sus consecuencias canónicas. Por otra parte, el tema del Derecho Natural es recurrente y transversal en las páginas de este volumen, y está muy presente también en otros estudios como, por ejemplo, en el que trata sobre la naturaleza del matrimonio (sexta parte).

La tercera parte (*Constitución de la Iglesia y Derecho Divino*) incluye estudios sobre la Constitución de la Iglesia y su estructura fundamental que conectan, a su vez, con otros sobre los fundamentos sacramentales del Derecho Canónico (prestándose una especial atención a la cuestión del Sacramento del Orden y la mujer), o sobre el Derecho Divino y su función Constitucional en la Iglesia.

La cuarta parte (*Derecho Constitucional Canónico*) trata primero sobre el concepto de Derecho Constitucional Canónico, así como sobre los orígenes y la situación de esta rama del Derecho Canónico después del CIC; después se refiere a su relación con la estructura fundamental de la Iglesia y, finalmente, a algunas cuestiones sobre los derechos de los fieles y de los laicos.

La quinta parte (*La Constitución jerárquica de la Iglesia*) reúne estudios que, en unos casos, abordan de modo general la naturaleza de las estructuras jerárquicas, para poder distinguirlas de las que no lo son; y, en otros casos, tratan de algún aspecto particular de la organización jerárquica de la Iglesia.

La sexta parte (*Matrimonio y familia*) trata cuestiones referentes a la naturaleza del matrimonio, ya sea como institución natural, ya sea como Sacramento; se refiere después a la función que desempeñan el matrimonio y la familia en la estructura constitucional de la Iglesia, y se plantea, finalmente, la posibilidad de un Derecho Canónico de familia.

Por último, la séptima parte (*Derecho Eclesiástico del Estado*) reúne trabajos sobre cuestiones referentes a los orígenes del Derecho Eclesiástico como disciplina científica; a los principios del Derecho Eclesiástico del Estado español, con especial consideración del principio de laicidad; y, finalmente, a la cuestión de la asistencia religiosa que, en virtud del Derecho de libertad religiosa, ha de prestarse a los ciudadanos que se encuentran en determinadas situaciones de dificultad para poder ejercer ese Derecho (Fuerzas Armadas, hospitales, cárceles, etc.).

Para acabar, quisiera dejar constancia también de mi agradecimiento a la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra que, a través del Instituto Martín de Azpilcueta, ha decidido hacerse cargo de la publicación de esta recopilación de estudios, acogiéndolos en su Colección Canónica.

Pamplona, 8 de diciembre de 2014

Introducción

DE *IUSTITIA ET IURE*
LA TEORÍA CLÁSICA DEL DERECHO

Sumario: 1. Introducción. 2. El Derecho. 2.1. *Significado analógico del término Derecho*. 2.2. *El Derecho como lo justo y como objeto de la justicia.* 2.3. *La división del Derecho.* 2.4. *El Derecho subjetivo.* 3. La justicia. 3.1. *La justicia en sentido objetivo.* 3.2. *La justicia como orden de la sociedad.* 3.3. *Justicia y recta razón del Derecho.* 3.4. *Justicia natural y justicia positiva.* 3.5. *La justicia como elemento del bien común.* 3.6. *La justicia como virtud.* 4. La ley. 4.1. *La racionalidad y generalidad de la ley.* 4.2. *La ley eterna.* 4.3. *La ley natural.* 4.4. *Ley natural y Derecho natural.* 4.5. *La ley positiva.* 5. Ciencia y jurisprudencia. 5.1. *Sindéresis y conciencia jurídica.* 5.2. *La prudencia jurídica.* 5.3. *La ciencia jurídica.* 5.4. *Ciencia y jurisprudencia.* 5.5. *La sabiduría jurídica.* 6. El Derecho natural y el Derecho positivo. 6.1. *La persona humana, fundamento del Derecho.* 6.2. *Los principios primarios y secundarios del Derecho natural.* 6.3. *La unidad entre Derecho natural y positivo.* *7.* La teoría clásica del Derecho natural y el positivismo jurídico. 7.1. *La teoría del Derecho natural.* 7.2. *La teoría positivista del Derecho.* 7.3. *La crítica al positivismo jurídico.* 7.4. *Iusnaturalismo clásico y realismo jurídico.* 8. Conclusión. El sentido natural de la justicia.

1. Introducción

El origen de estas páginas está en un trabajo que fue escrito inicialmente para mis alumnos de Filosofía del Derecho del 1º curso de Licenciatura en la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra. Ahora las he reelaborado para que puedan servir como «Introducción» a esta recopilación de estudios, con la esperanza de que no solo hayan podido resultar útiles para mis alumnos, sino que también lo puedan ser para aquellos a quienes consigan ayudar a reflexionar sobre una teoría, tan antigua y tan nueva, como la del Derecho natural clásico.

El estudio de la teoría del Derecho natural no solo no ha pasado de moda, sino que sigue siendo al menos tan actual como lo fue en el pasado. La razón está en que esta teoría tiene que ver con la cuestión del fundamento y del sentido del Derecho, y esta cuestión tiene un interés permanente y no puede ser descuidada nunca ni por la ciencia, ni por la praxis jurídica. Ciertamente, no se puede cons-

truir un edificio sin cimientos, ni se puede proseguir un camino sin saber cuál es la meta a la que hay que llegar.

Estas páginas no pretenden ser, ni mucho menos, un estudio de las bases de la teoría del Derecho natural. Mi pretensión es mucho más modesta. Tratan de ser más bien unos apuntes sobre las nociones básicas del Derecho y de la justicia; unos principios que pudieran servir a modo de introducción a esa teoría clásica del Derecho. De ahí también el título –*de iustitia et iure*– escogido para encabezar estas páginas, que he procurado redactar de una manera breve y sencilla.

2. El Derecho

La cuestión del Derecho está íntimamente relacionada con la cuestión de la justicia. Así se ha manifestado con claridad a lo largo de la historia de la cultura jurídica que comenzó con la jurisprudencia romana clásica y que llega hasta nuestros días. En este sentido, es muy significativo que el Libro I del Digesto, que formaba parte de la recopilación del Derecho romano que mandó hacer el Emperador bizantino Justiniano, tratase conjuntamente de ambas cuestiones bajo el título *de iustitia et iure,* como también lo hicieron así los innumerables comentarios que siguieron posteriormente a este título.

A la vez, es tal la riqueza de contenido que encierran estas dos nociones fundamentales que se hace muy necesaria una clarificación conceptual, que nos permita saber a qué nos estamos refiriendo cuando las utilizamos. Por eso, vamos a procurar distinguirlas entre sí y también de otras nociones similares con las que están muy relacionadas y con las que, a veces, llegan a confundirse. Trataremos en primer lugar sobre el significado del Derecho, y después lo haremos sobre la justicia.

2.1. *Significado analógico del término Derecho*

Como el término Derecho se utiliza con muy diferentes significados, conviene aclarar cuáles son los principales. Se trata, de un término que se predica de un modo analógico, es decir, sus diversos significados están basados en la *semejanza* que guardan entre sí los distintos aspectos de la realidad a la que se refiere este término. Este uso analógico del término Derecho es también fruto de la riqueza y complejidad que poseen la realidad y la experiencia jurídica, que no se pueden captar fácilmente en toda la multiplicidad de sus aspectos. En todo caso, los diferentes aspectos del orden jurídico que son mentados mediante el

término Derecho se refieren a realidades que tienen algo que es común y algo que es diferente. En esto consiste la analogía.

Según lo dicho, quisiera aludir sobre todo a cuatro posibles significados del término Derecho:

En primer lugar, el Derecho puede ser considerado como la cosa justa (*res iusta)*, aquello que es debido a otro según el orden de la justicia, y también lo que es objeto de la justicia como virtud. Este es propiamente el significado clásico del Derecho en *sentido objetivo*.

En segundo lugar, el Derecho se puede entender también como lo que llamamos actualmente *Derecho subjetivo*. Aunque tiene antecedentes clásicos, puesto que el sentido objetivo y subjetivo del Derecho están muy relacionados entre sí y son como las dos caras de una misma moneda, el sentido subjetivo se utiliza especialmente a partir de la Edad Moderna, Entiende el Derecho ante todo como un poder o facultad moral sobre las cosas.

En tercer lugar, el significado del derecho entendido en *sentido legal* o *normativo*, como equivalente a la ley o al conjunto de las leyes y normas jurídicas. Este planteamiento es el que parece prevalecer actualmente por influencia del positivismo legalista y del normativismo jurídico. También para muchos autores este significado se identifica con el del derecho en sentido objetivo.

Es verdad que esta identificación entre el derecho objetivo y las leyes podría tener antecedentes en la teoría clásica de la justicia, si se piensa que el «derecho legal» puede ser considerado como el objeto de la llamada *justicia legal*. También podría tener también antecedentes en el derecho romano clásico; así, por ejemplo, cuando los juristas romanos distinguen entre el *ius naturale*, el *ius gentium,* y el *ius civile*, parece que se referían también al derecho entendido como ley o como ordenamiento legal[1].

Sin embargo, para la jurisprudencia romana clásica este significado no era el primario, sino que el Derecho era ante todo lo que declaraban los jueces cuando ejercían su función judicial[2]. Es decir, para el Derecho romano el Derecho era

1. Así, por ejemplo, en la división tripartita del derecho hecha por Ulpiano, que distingue entre *ius naturale, ius civile* y *ius gentium*. Según Ulpiano, «*ius naturae est quod natura omnia animalia docuit… ius gentium est quo gentes humanae utuntur*» (*Digesto*, 1, 1, 1). «*Ius civile est quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit: itaque cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium, id est civile, efficimus*». (*Digesto*, 1, 1, 16). En algunos de estos casos el término derecho *(ius*) se puede entender como referido también al derecho objetivo legal.

2. Como afirma Alvaro D'Ors, «en su concepción originaria, *ius* se dice propiamente del acto de fuerza que realiza formalmente una persona, y que la sociedad, mediante sus jueces, reconoce como ajustado a las conveniencias *(ius est*). La función del juez es la de declarar el *ius* de tales actos concretos (*iu-dicare, iudicium*). El derecho consiste en juicios, pero estos se fundan en los criterios de

lo justo en los casos concretos, que es lo que nosotros consideramos sobre todo como el Derecho objetivo: el Derecho como lo justo y como objeto de la justicia particular.

Por otra parte, a pesar de una posible analogía, los romanos sabían distinguir muy bien entre *ius* y *lex*. Por eso, siguiendo el planteamiento romanista clásico, nosotros vamos a tratar de la *ley* como de algo distinto del Derecho, sin negar tampoco esa analogía entre ambos que está basada en sus elementos comunes. La teoría clásica del Derecho natural supo distinguir entre el Derecho y la ley, y consideró que la ley es más bien la razón o la regla del Derecho (*aliqualis ratio iuris*)[3]. Así es como se fueron distinguiendo también los tratados clásicos *de legibus* y los tratados *de iustitia et iure*.

En cuarto lugar, el significado del derecho entendido como un conjunto de conocimientos, que pueden ser considerados como una *ciencia* o como un *arte* en sentido clásico (arte de prudencia). Se puede hablar así de la ciencia jurídica y del arte –o incluso de la técnica– del derecho. Este será otro de los temas que trataremos más adelante en el apartado sobre el derecho como ciencia y como jurisprudencia.

2.2. *El Derecho como lo justo y como objeto de la justicia*

1) Como acabamos de decir, para la doctrina jurídica actual, por «derecho objetivo» se suele entender el «derecho legal», el conjunto de las leyes y de las normas jurídicas de un ordenamiento. Como también hemos recordado, este planteamiento podría tener un fundamento en la teoría clásica de la justicia, según la cual el objeto de la llamada justicia general (también llamada justicia legal) sería el derecho legal, el derecho como objeto de la ley o de las leyes. Pero, dado el auge del positivismo jurídico en la actualidad, tiene el peligro de identificar todo el derecho con las leyes o con las normas positivas.

En efecto, para el normativismo jurídico, el Derecho es aquello que es conforme con las normas jurídicas que hayan sido aprobadas de acuerdo con los procedimientos establecidos por un determinado ordenamiento jurídico. Para este planteamiento lo importante es la *validez formal* de las normas correspondientes, con independencia de su contenido material. La cuestión del contenido –es decir, si son justas o injustas– sería más bien una cuestión metajurídica, es

justicia formulados por los *prudentes*». A. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, (10ª ed.), Pamplona, 2004, 47-48 y *passim*.

3. TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II–II, q. 57, a. 1, ad 2.

decir, tendría un carácter moral más que jurídico, y, en todo caso, pertenecería al ámbito de la conciencia subjetiva.

Para lo que podíamos llamar «realismo sociológico», a esa validez formal del Derecho habría que añadir además la necesidad de su *eficacia social*. La existencia de un verdadero Derecho exigiría que las normas de un ordenamiento no solo tengan validez formal sino también que tengan vigencia real, es decir, que se cumplan por todos los obligados por ellas, en particular por los órganos encargados de su aplicación e interpretación, y también por las personas a quienes están destinadas.

Sin negar la importancia de la validez formal de las normas y de la eficacia que el Derecho ha de tener como hecho social, es necesario también que el Derecho sea *justo.* Si faltara esta dimensión de la justicia, la realidad jurídica carecería de una dimensión que es esencial para su completa integridad. Esta dimensión del Derecho como lo justo es precisamente la que subraya la teoría clásica del Derecho natural.

Por eso, para esta teoría el Derecho es en primer lugar lo que es «justo»[4]. La realidad jurídica es considerada primariamente como la «cosa justa» (*res iusta*) que es objeto de la justicia[5]. En este sentido, es un planteamiento *realista* del Derecho –el llamado «realismo jurídico clásico»–, que considera que el Derecho y la justicia son dos realidades que están unidas y que son inseparables. Si el Derecho es la cosa justa, solo puede ser considerado como Derecho lo que es conforme con los principios de la justicia.

Por su parte, la justicia es considerada, a la vez, como un *orden objetivo* y como una *virtud.* Por eso, el derecho solo puede ser justo, en la medida en que es conforme con la justicia como orden objetivo. Al mismo tiempo, se considera también que el derecho es el objeto mismo de la justicia como virtud.

Como veremos más adelante, para la teoría clásica la justicia es un orden, basado en la naturaleza racional y social del hombre, cuyo fin es un bien común consistente en asegurar a cada persona sus derechos, es decir, aquello que le corresponde como debido porque es suyo y le pertenece. Por tanto, si lo ponemos en relación con la justicia considerada como orden, el Derecho se podría definir como aquella cosa que está ordenada al bien de cada persona, y que cada persona puede exigir, por serle debido en razón a su dignidad como persona.

4. *Ius quia iustum*, decía Tomás de Aquino, citando a Isidoro de Sevilla, que, a su vez, se hacía eco de la tradición jurídica clásica.TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, II–II, q. 57, a. 1, *sed contra*.

5. Este concepto del derecho en sentido objetivo es el que está presente, tanto en la filosofía jurídica de Aristóteles, como en la jurisprudencia romana. Véase lo que decimos en la nota 18.

Como también veremos después, la noción de justicia hace referencia al orden de la sociedad basado en una cierta razón de igualdad entre las personas y las cosas. Según esto, el Derecho habría que referirlo precisamente a esas cosas o bienes de las personas que son el objeto de un orden social justo. Por tanto, se trataría de aquellas cosas o bienes particulares que pertenecen a una persona o sujeto, en cuanto que están ordenados a otra persona o sujeto, según esa recta razón del Derecho que hace de regla de la justicia.

El Derecho objetivo sería, por tanto, aquella cosa, o aquel bien o conjunto de bienes que corresponden a cada persona –como sujeto de derecho– y que las demás personas –como sujetos de deberes u obligaciones– están obligadas a reconocer y respetar, dando a cada uno ese bien que le corresponde por su dignidad de persona. Como antes decíamos, el Derecho es sencillamente «lo justo», el «bien justo» (*bonum iustum*) que pertenece a cada persona, porque le es debido y está ordenado a ella según la regla y el orden de la justicia.

2) Por otra parte, como así mismo veremos más adelante, la justicia puede ser considerada también como una virtud. El Derecho sería entonces el *justo medio* en el que ha de consistir el acto de la justicia como virtud. Cuando se trata de las relaciones particulares de las personas entre sí, esta clase de justicia se llama *justicia particular*. El Derecho sería propiamente lo «justo particular» que es objeto de la justicia y que se corresponde con ese «justo medio real» (*medium rei*) en que la justicia como virtud consiste. A este Derecho es al que el realismo jurídico clásico llamaba principalmente *res iusta* y al que nosotros llamamos Derecho *en sentido objetivo.*

Este carácter real y objetivo es precisamente lo que diferencia al Derecho, como justo medio de la justicia, del justo medio de otras virtudes cardinales, como pudieran ser la fortaleza y la templanza. En el caso de estas dos últimas virtudes, se dice que su justo medio no es un «justo medio de la cosa» (*medium rei*) sino un «justo medio de la razón» (*medium rationis*), en el sentido de que es un medio relativo a la naturaleza individual de cada sujeto (en este sentido, un justo medio subjetivo), y por eso ha de ser determinado por la razón atendiendo a las circunstancias que son propias de cada persona. Mientras que en el caso de la justicia, ese justo medio es objetivo, y depende de la naturaleza de la cosa en sí misma considerada.

Por otra parte, la cosa justa o derecho, la *res iusta*, puede ser considerada objetivamente en sí misma porque tiene también unas características que así lo permiten. En este sentido, lo bienes jurídicos tienen una dimensión intersubjetiva y social, de la que procede esa característica *intersubjetividad* y *socialidad* que es propia de las relaciones jurídicas; tienen también una dimensión externa, que

se puede distinguir de la dimensión interior de la persona; lo cual no significa que el derecho no se pueda referir también a lo interior de las personas –por ejemplo, a su buena o mala fe–, sino que solo puede hacerse en la medida en que tenga relevancia externa o pueda manifestarse exteriormente. Por eso, también la *exterioridad* se considera característica del derecho.

Junto a estas características se pueden considerar también otras que son consecuencia de la necesidad del derecho para la convivencia social. Todas ellas habrán de ser consecuentes con la *dignidad, libertad e igualdad* de naturaleza que hay que reconocer a las personas dentro de la sociedad. Entre esas notas estarían la *positividad* que se requiere para dotar al derecho de *certeza* y garantizar la *seguridad jurídica*, a la vez que se facilita también su plena eficacia social (en este sentido, hay que procurar que todo derecho sea positivado, incluido el derecho natural)); así mismo, la *exigibilidad* es propia del derecho por su carácter de «debido» a otro, con la consiguiente *coercibilidad* que ello lleva consigo; a veces estará acompañada de una cierta *coactividad* cuando sea necesaria para hacerlo efectivo y en la medida en que lo sea, etc.

De este modo, el derecho se ha ido caracterizando objetivamente como tal y se ha ido distinguiendo de la justicia considerada como virtud. Así, el análisis de estas características del derecho ha permitido establecer las diferencias entre *el orden jurídico y el orden moral*, como dos órdenes de conducta que se consideran distintos, aunque no puedan ser separados. La moral se ha ido caracterizando sobre todo por referencia a la interioridad de la persona y a la intencionalidad profunda de su obrar, mientras que el derecho se ha ido refiriendo al ámbito de las acciones con relevancia social y externa.

Por tanto, una diferencia fundamental que los distinguiría es que la consideración de la justicia como virtud moral requiere tener en cuenta principalmente *la intención y los motivos* del agente en su obrar (*qualiter ab agente fit*), mientras que la satisfacción del derecho en cuanto tal solo exige el *cumplimiento de la obligación jurídica* (por ejemplo, que se dé efectivamente la cosa debida al titular del derecho), con independencia de los fines que muevan al agente y en los que pudiera basarse la justicia como virtud.

En esta misma línea, se ha subrayado también la libertad de la conciencia o la legítima autonomía personal que se requiere por naturaleza para la moralidad de las acciones, mientras que lo jurídico se caracteriza por la *heteronomía* que supone la sujeción a normas externas, etc.

2.3. *La división del Derecho*

A esta consideración del Derecho en sentido objetivo, corresponde también la división clásica en *Derecho natural y Derecho positivo*. Esta división es paralela a la división de la justicia y de la ley, a las que nos referiremos después, según la cual hay una justicia natural y una justicia positiva o legal, una ley natural y una ley positiva. Hace referencia, por tanto, a la adecuación que ha de darse entre el Derecho y la justicia, según se trate de la adecuación con la justicia natural o con la justicia legal; y hace referencia también a la adecuación entre el Derecho y la ley natural o la ley positiva.

Si esa adecuación se da con el orden que corresponde a la naturaleza humana y a la naturaleza de las cosas, es decir, el orden que corresponde a la justicia natural y a la ley natural, entonces lo justo natural se llama *Derecho natural.* Como la naturaleza humana es esencialmente la misma en todos los tiempos y lugares, lo justo natural es, como ya decía Aristóteles y después los juristas romanos, aquello que es igual siempre y en todas partes[6]. Es decir, aquello que, por basarse en la naturaleza del hombre, es en cuanto tal universal e inmutable.

En cambio, si lo justo se refiere a cosas que en sí mismas son objeto de opinión porque no vienen exigidas por el orden de la naturaleza humana, entonces la regla de medida que se utiliza para establecer lo que es justo se puede basar en un convenio o en una ley positiva, y se hablará de lo «justo legal», del *Derecho positivo.* De aquí se sigue también la clásica división del Derecho positivo en *Derecho privado* (si se basa en un convenio o acuerdo entre particulares) o en *Derecho público* (cuando se basa en un pacto que tiene lugar en el seno de la comunidad política: lo que en el siglo XVIII se llamó el «contrato social» o lo que, en el Constitucionalismo actual, sería más bien fruto del pacto político que da lugar a la Constitución de un Estado).

En todo caso, esta división del Derecho presupone que el Derecho positivo se mueve dentro de los márgenes que permite el Derecho natural, el cual actúa siempre como criterio inspirador y como límite del Derecho positivo. Como he-

6. Según Aristóteles «en el derecho político (de la ciudad), una parte es derecho natural, y la otra es derecho legal. Es derecho natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las diversas opiniones de los hombres; es derecho legal lo que en principio puede ser indiferente, de un modo o del modo contrario, pero que deja de ser indiferente cuando la ley lo ha determinado». Aristóteles, *Ética a Nicómaco* (libro V, c. 7).

Varios siglos más tarde, el jurista romano Paulo se expresa en términos semejantes para distinguir el derecho natural del derecho civil: «La palabra derecho se utiliza en diversos sentidos: uno es cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como es el derecho natural; el otro, cuando se llama así a lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como es el derecho civil». *Digesto*, 1, 1, 11.

mos dicho, para la doctrina clásica del Derecho natural, el Derecho positivo se refiere a aquellas materias que en sí mismas son *indiferentes* con respecto a aquello que viene exigido por la naturaleza humana, es decir, aquellas materias que no derivan de los fines esenciales del hombre[7]. Más adelante, cuando hablemos de la ley natural, desarrollaremos más esta cuestión.

En relación con esta división del Derecho, podría plantearse también la cuestión del *Derecho divino*. En el ámbito del Derecho Canónico, el Derecho divino es considerado como el fundamento del Derecho de la Iglesia, y se suele dividir en *Derecho divino natural y Derecho divino positivo*. De hecho, Tomás de Aquino se plantea efectivamente la cuestión del Derecho divino en relación con la división del Derecho que estamos considerando, y se pregunta si la división del Derecho en Derecho natural y en Derecho positivo incluye también al Derecho divino. Su respuesta es afirmativa y se hizo clásica, formando parte de lo que se puede considerar la tradición canónica.

Según este autor, el Derecho divino es aquella parte del Derecho que se llama así porque su autor principal es Dios mismo. Luego, se plantea cómo se puede dividir el Derecho divino, y afirma que el Derecho divino se puede dividir también en Derecho divino natural y en Derecho divino positivo. Según él, el Derecho divino natural es aquel que se refiere a aquellas cosas que son naturalmente justas (*naturaliter iusta*), mientras que el Derecho divino positivo es aquel que se refiere a aquellas cosas que son justas por institución divina (*institutione divina*), es decir, porque han sido establecidas así por la voluntad de Dios[8].

Esta respuesta sigue siendo esencialmente válida, en la actualidad, en el ámbito del Derecho Canónico. Por eso, la única glosa que yo me atrevería a añadir es que el Derecho divino no puede ser entendido en un sentido normativista, sino más bien como aquel conjunto de principios y de consecuencias jurídicas que se derivan del misterio de la Iglesia. Según este misterio de la fe, la Iglesia ha sido fundada por Cristo, Dios y Hombre verdadero, y tiene una *Constitución divina*, que remite en último término a la Voluntad de Dios. Esta Constitución divina de la Iglesia está basada en la Palabra de Dios y en los Sacramentos, de donde se deriva la estructura fundamental de la Iglesia y su consiguiente dimensión jurídica. El llamado *Derecho divino positivo* se refiere precisamente a esas exigencias jurídicas contenidas en la Palabra de Dios y en los Sacramentos que estructuran la Iglesia, es por eso un Derecho que deriva de la Gracia (*ius gratiae*). Mientras que el *Derecho divino natural* se refiere, en cambio, a aquellas

7. Véase la nota anterior.
8. *Summa Theologiae*, II–II, q. 57, a. 2, ad 3.

exigencias jurídicas que derivan de la naturaleza humana de los fieles o de la naturaleza social de la Iglesia, y que pueden considerarse como el soporte natural de aquel *ius gratiae*. Por tanto, esta división del Derecho divino se corresponde, en definitiva, con las consecuencias jurídicas que derivan de la naturaleza y de la Gracia en relación con el misterio de la Iglesia [9].

2.4. *El Derecho subjetivo*

Hasta ahora hemos hablado de Derecho en sentido objetivo, pero inseparablemente unido a él –como dos caras de la misma moneda– está el *Derecho en sentido subjetivo*, es decir, el Derecho como *facultad o poder* sobre la cosa justa, es decir, sobre ese bien o conjunto de bienes que hemos considerado Derecho objetivo, y que corresponde a la persona en razón de su dignidad como persona. A este «Derecho subjetivo» de cada persona va unido, a su vez, un *deber u obligación* correlativo por parte de las demás personas de reconocer y de respetar esa facultad o poder jurídico. Las personas son así, recíprocamente, sujetos de derechos y de deberes jurídicos correlativos.

La consideración del Derecho en sentido subjetivo estaba ya presente en el Derecho romano clásico, como no podía ser de otra manera –dada la mutua implicación de los dos sentidos, objetivo y subjetivo–, pero se ha desarrollado sobre todo a partir de la Edad Moderna hasta la actualidad. Sin embargo, este planteamiento más moderno ha estado ligado al voluntarismo que comienza a desarrollarse en la Baja Edad Media –representado especialmente por Guillermo de Ockam– y a un concepto de libertad como pura indeterminación.

De esta forma, poco a poco el concepto de Derecho se fue identificando con el de *libertad* –*ius seu libertas*, dirá Hobbes [10]–, de manera que el mismo Derecho natural llega a identificarse con la libertad [11]. Para Kant, el Derecho será el conjunto de condiciones que hacen posible que la libertad de cada uno sea compatible con la libertad de todos, según una ley general de libertad [12]. Así, el Derecho natural es concebido sobre todo como libertad, y los derechos naturales serán

9. Vid. E. Molano, *Derecho Constitucional Canónico*, Pamplona 2013, 112-118.

10. Hobbes, T., *De cive*, c. 1, nn. 7-10.

11. Así lo considera el propio Hobbes: «El derecho de la naturaleza que los escritores llaman comúnmente *ius naturale* es la libertad que cada hombre tiene para usar su propio poder, como él mismo quiera, para la preservación de su propia naturaleza». Hobbes, T., *Leviathan or de matter, form and power of a Commonwealth ecclesistical and civil*, 1ª parte, cap. 14.

12. Kant, I., *Metafísica de las costumbres*, Introducción a la teoría del derecho, & B. Puede verse la traducción castellana de González Vicén a esa parte de la obra en: kant, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid 1954.

principalmente derechos de libertad, derechos que hacen posible el ejercicio de la libertad y de la autonomía de la persona.

En todo este proceso de la Edad Moderna, que va a conducir a una cierta preeminencia del derecho entendido en sentido subjetivo sobre el derecho en sentido objetivo, se pueden descubrir cosas positivas y otras negativas. Entre las positivas, la importancia que se concede a la libertad de la persona y a su protección por el Derecho. Entre las negativas, un liberalismo jurídico individualista que solo se preocupa de reivindicar derechos sin sentir la necesidad de cumplir los deberes y obligaciones que son correlativos a esos derechos.

La actual teoría de los *derechos humanos* es deudora del concepto de Derecho subjetivo, también con sus ventajas e inconvenientes. Por una parte, el origen de los derechos humanos ha estado muy ligado a la doctrina del Derecho natural, en la que se encuentra su fundamento. Por otra parte, estos derechos se han ido recogiendo después, poco a poco, en las Constituciones de los Estados, y también en las diversas Declaraciones y Convenios del Derecho Internacional. A lo largo de este proceso, se ha ido hablando también de los Derechos de la primera generación, de la segunda generación, de la tercera generación… con una terminología que nos recuerda la que usó la teoría del Derecho natural (primario, secundario, terciario, etc.). Pero esta sucesiva ampliación del número de los derechos humanos se basa en criterios muy diversos que dependen de cada ordenamiento jurídico. Por tanto, habrá que ver cuál es la relación que tiene cada uno de estos derechos con el Derecho natural.

3. La justicia

3.1. *La justicia en sentido objetivo*

Son incontables las definiciones que se han dado a lo largo de la Historia sobre la *noción de justicia*. Por eso, resulta también indispensable acotar el tema de alguna manera, para no perderse en la maraña de tantas definiciones.

Ante todo, la palabra justicia ha tenido y tiene un *significado amplio*, en virtud del cual se identifica prácticamente con la bondad, la perfección y la santidad. En este sentido es considerada como uno de los atributos de Dios: la justicia coincide así con la Voluntad de Dios, que quiere siempre el bien, y que, por tanto, es siempre buena, perfecta y santa. En el mismo sentido amplio, se la identifica también con una virtud humana general, como cuando se califica de justo al hombre virtuoso, al hombre bueno que práctica todas las virtudes. Este suele ser también el sentido bíblico del término justicia.

Pero hay también un *significado más restringido* y que es el que se considera más propio en el ámbito de la cultura jurídica, y por eso es el que a nosotros nos interesa, que refiere el término justicia sobre todo al ámbito de la sociedad y de las relaciones sociales, a aquellas relaciones entre las personas que exigen dar a cada uno lo que es suyo, es decir, aquello que le es debido según determinados criterios de racionalidad. Teniendo en cuenta que aquello que es «debido a otro» es precisamente lo que consideramos «Derecho», en esta acepción el concepto de justicia se pone en estrecha relación con el concepto de Derecho, y por eso es el que se ha elaborado sobre todo en el seno de la cultura y de la civilización jurídica.

Hay dos significados fundamentales de la noción de justicia en sentido estricto a los que vamos a referirnos: un *significado* que podríamos llamar *objetivo*, como equivalente al orden de la sociedad, orientado a un bien común, en el que cada uno tenga lo suyo; y otro significado que podríamos llamar *subjetivo*, como equivalente a una virtud, cuyo objeto es dar a cada uno lo suyo. Comenzaremos por la justicia en sentido objetivo.

En *sentido objetivo*, la justicia podemos considerarla ante todo como un *orden*, que está inscrito en la naturaleza racional y social del hombre. Así se pueden calificar de justas o injustas determinadas realidades, como pudieran ser los actos humanos (así, por ejemplo, cuando se dice que las acciones que este hombre realiza son justas), las cosas o bienes que pertenecen a las personas (como cuando decimos que son justos y que le son debidos los bienes particulares que pertenecen a una persona, los cuales puede exigir a los demás y los demás están obligados a respetarlos), o incluso calificamos de justo el propio orden de la sociedad y el bien común general de la sociedad (así hablamos de un orden social justo, de una sociedad justa, y de un bien común justo). En el mismo sentido, también se podrían calificar de justas o injustas las leyes aprobadas por un parlamento, los actos y decisiones tomados por un gobierno, o las sentencias dictadas por los jueces y tribunales.

Este es el planteamiento de fondo que está presente en la teoría clásica sobre la justicia y el derecho, en la cual se solía relacionar la noción de justicia con la de un *orden natural* del cosmos (*ordo naturalis*). Esta teoría relacionaba también la justicia con la *ley natural,* entendida originariamente en un sentido amplio –comprendiendo no solo las leyes morales sino también las leyes físicas–, por referencia a ese orden general que existe en la naturaleza y en el cosmos y que está participado por la razón. Pero luego, como decíamos antes, en el marco de este *orden natural* del universo, la teoría de la justicia se fue restringiendo a ese orden más específico que es el *orden humano y social.*

Por tanto, dentro del orden del universo se hace necesario distinguir entre el *orden físico* y el *orden moral*, A su vez, dentro del orden moral, la justicia se relacionó sobre todo con el *orden de la sociedad* y, en particular, con el *orden de la comunidad política*. Así, la noción de justicia se fue reservando poco a poco para denominar el orden social justo, lo «justo político». Este orden justo tiene su fundamento en la naturaleza humana, que es una naturaleza racional y social, en la que está basada a su vez la *libertad* y la *igualdad* esencial de todos los hombres.

Así, la noción de justicia se fue delimitando como un orden referido especialmente a la sociedad y a la comunidad política, y fue adquiriendo un significado moral y jurídico, el cual, aunque no es incompatible con el orden de la naturaleza, sí debe diferenciarse del simple orden natural, sobre todo si éste fuese entendido solamente –en sentido unívoco– como el orden de las leyes físicas. La noción de justicia se fue especificando entonces como aquel *orden de la sociedad* en relación con el *bien común político* según criterios de *recta razón* que llevan a dar a cada uno lo suyo (el *Derecho*). Esta noción de justicia presupone que los *bienes particulares* de las personas están ordenados entre sí y, a la vez, están ordenados al *bien común general* de la sociedad, según esos criterios de una recta razón que reconoce los derechos de cada persona en relación con las demás.

Así pues, esta noción de la justicia se relaciona con las nociones de orden al bien común y de recta razón. Tiene su fundamento en la noción de *persona humana*, como sujeto, centro y fin del orden de la sociedad.

Por referirse al bien de las personas y al bien de la sociedad, estas nociones tienen un evidente significado ético que sitúan a la justicia en conexión con el orden moral. En este sentido, el orden jurídico y el orden moral serían como dos círculos concéntricos que se entrecruzarían, y que en parte serían comunes y en parte diferentes. Consecuentemente, para la doctrina clásica de la ley natural, el orden de la justicia está fundamentado en el *bien* de las personas y forma parte del *orden moral*, a la vez que es distinto de él.

3.2. *La justicia como orden de la sociedad*

Por tanto, para entender bien la noción de justicia en sentido objetivo, es necesario conocer ante todo la noción de *orden*. El tema tiene una cierta dificultad si se considera que, desde un punto de vista ontológico, el orden no pertenece a la categoría de *sustancia*, como ocurre con la persona humana, sino que según esa consideración ontológica es más bien un *accidente* del tipo *relación*. Precisamente por este carácter «relacional» de todo orden se hace más difícil captar su naturaleza.

Baste decir a nuestro propósito que una *relación de orden* exige siempre que se den, al menos, *dos términos* diversos, que se ordenen el uno al otro (*ordo unius ad aliud*), un fin o *principio ordenador* y un *fundamento* en el que se base. Así, por ejemplo, en el caso del *orden moral*, existe una relación entre los actos humanos y el fin último del hombre, al que se ordenan, y que es considerado como el sumo bien. La bondad sería, en este caso, el fundamento de esta relación de orden entre los actos humanos y su fin.

Pero el orden propio de la justicia es el *orden de la sociedad*, el cual presupone un orden entre las personas. Por tanto, en el caso del orden social, la noción de orden sería más bien aquella relación que existe entre las personas que forman parte de una sociedad y cuyo fundamento es un bien común entre esas personas. Entonces, cuando se trata de un orden entre las personas, como es el caso del orden social o del orden jurídico, los términos que se ordenan son las *personas* mismas, o a través de ellas también los *bienes particulares* y las cosas que les pertenecen, y el fundamento de ese orden está en la relación que guardan con lo que hace de *fin* o de *principio ordenador*, que es a lo que llamamos *bien común*.

Para la existencia de un orden de personas o de cosas es necesario que cada una ocupe el lugar que le corresponde, a pesar de la variedad que pueda existir entre ellas. Por eso, siguiendo a san Agustín, el orden se puede describir como «la disposición de las cosas iguales y desiguales –*parium dispariumque rerum*– que da a cada una su lugar» –*sua quique loca tribuens dispositio*–[13]. Aquí aparece ya la idea de la igualdad y desigualdad que pueden tener los diversos elementos de un orden, a la vez que la necesidad de que esos elementos ocupen el lugar adecuado a cada uno de ellos. Sin embargo, como se puede ver, dentro de este planteamiento, el orden se contempla más bien desde un punto de vista espacial, como un orden estático.

Pero el orden se puede considerar también desde un punto de vista temporal y dinámico. Cuando se trata de los actos humanos, cada uno de ellos se ha de realizar en el momento y en el tiempo en que les corresponde. El orden se entiende, entonces, en un sentido temporal más que espacial. Es el *orden de finalidad* que ordena las causas a los efectos y los medios a los fines. Por eso, en todo orden dinámico, como sería el caso del orden moral o del orden jurídico, tiene mucha importancia el *principio de finalidad*, como principio ordenador de todos los elementos que lo componen. En este sentido, Tomás de Aquino concebiría, a su vez, el orden como una «recta razón o disposición de las cosas a su fin» –*recta ratio rerum ad finem*–, como la adecuada disposición de los medios en relación con el fin.

13. SAN AGUSTÍN, *De civitate Dei*, XIX, 13, 1 (PL, XLI, 640).

Todo ello es de aplicación al *orden de la justicia* y al *orden del derecho.* El orden jurídico requiere un bien común, que hace las veces de fin y de principio ordenador, respecto a unas cosas o bienes particulares, que se ordenan por relación a ese fin, y que pueden hacer las veces de medios. Cuando ese fin o bien común que ordena las personas y las cosas es conforme a la recta razón, porque da a cada uno lo suyo y respeta los derechos de todos, lo calificamos de justo –*bonum commune iustum*– y viene a identificarse con la justicia. Este bien común al que se ordena la justicia es el que hace de fin o de principio ordenador de las cosas o bienes particulares, a las que podemos llamar derecho –*bonum particulare iustum*– por ser el justo medio ordenado a ese fin.

Por eso, lo característico del orden jurídico y lo que lo diferencia de otros órdenes semejantes –como pudiera ser el orden moral– es que su principio ordenador no es el bien en general –el bien moral– sino el bien común social y político (*bonum commune politicum).* Este orden de justicia presupone la existencia de la sociedad y de la ciudad (la comunidad política), es decir, la existencia de una comunidad de personas, libres e iguales, que comparten entre sí ese bien común.

Por tanto, la justicia presupone la sociedad, y la sociedad presupone la libertad y la igualdad esencial entre las personas. Además, la justicia se ordena como a su fin a ese bien común social y político que está basado en la libertad e igualdad de las personas. Finalmente, el orden de la justicia se basa en una recta razón de proporcionalidad entre las personas y las cosas que son de su pertenencia.

El *orden jurídico* es, por tanto, uno de los tipos o especies del *orden humano*, del que está basado en la naturaleza del hombre. Como orden humano es también orden que da a cada uno lo suyo (*ordo ad alterum*). Atendiendo a esos elementos esenciales a los que hemos aludido, podríamos describirlo como el orden de las personas al bien común, en el que los bienes particulares de las personas se ordenan al bien común político según determinados criterios de racionalidad, por virtud de los cuales se da a cada uno lo suyo, es decir, los derechos que le corresponden.

3.3. *Justicia y recta razón del Derecho*

Entonces, ¿qué es lo que caracteriza al orden jurídico en relación con ese otro orden humano que es el orden moral? Como orden de justicia, el orden jurídico tiende a dar a cada uno lo suyo, a dar al otro aquello que le pertenece como propio, su Derecho. El Derecho es precisamente esa cosa o acción debida a otro

según ciertos *criterios de racionalidad*, en virtud de los cuales existe una proporción entre las personas y los bienes que han de ser ordenados, de manera que cada uno tenga lo que le pertenece y le es debido.

Como ya hemos visto, los bienes jurídicos tienen un carácter *objetivo*. Ante todo, son bienes debidos a otro que los puede exigir por ser su dueño –*dominus*– y de ahí la característica *alteridad* que es propia del Derecho. Se trata, además, de bienes externos o que, al menos, puedan tener una cierta *relevancia externa*.

¿Cuál es la regla para medir estos bienes objetivos? Para la teoría clásica de la justicia, esa regla solo podía ser una recta razón que tuviese en cuenta la igualdad entre las personas. Esta relación entre la justicia y la racionalidad, que busca una razón de igualdad o de proporcionalidad entre las personas y las cosas, aparece ya en el pensamiento de la antigüedad; así, por ejemplo, en la doctrina de los filósofos griegos llamados pitagóricos, que concebían el mundo como un orden universal (*cosmos*), basado en unas relaciones entre los cuerpos que podían ser configuradas según modelos matemáticos. Esta doctrina influyó mucho a su vez en las doctrinas platónica y aristotélica sobre la justicia. Posteriormente, esa relación entre justicia e igualdad, basada en razones de proporcionalidad, ha persistido a lo largo de los siglos y, unida también al reconocimiento de una igual dignidad y libertad de las personas, ha llegado hasta nuestros días, con diversas manifestaciones en al ámbito del pensamiento filosófico y jurídico[14].

14. Se podrían citar dos ejemplos recientes, de amplia influencia en la actual Filosofía política, moral y jurídica: el de Rawls, en el ámbito de la Filosofía política, y el de Dworkin, en el ámbito de la Filosofía del derecho. Para ambos autores la justicia está muy relacionada con la igualdad, a la vez que con la libertad, y ambos están también muy interesados en la conciliación entre igualdad y libertad, considerando que esta última habrá de ser un presupuesto de la igualdad.

John Rawls, Profesor de Filosofía política en la Universidad de Harvard, ha estudiado especialmente la cuestión de la igualdad en relación con la justicia distributiva. Para él la justicia consiste sobre todo en equidad. A su vez, la equidad se basa en tres principios: a) el principio de igual libertad, que consiste en el derecho igual que tienen todas las personas a gozar del más amplio espacio de libertades básicas; b) el principio de diferencia, según el cual las desigualdades sociales y económicas deben resolverse de modo que resulten en el mayor beneficio de los miembros menos favorecidos de la sociedad. c) el principio de la justa igualdad de oportunidades, según el cual los cargos y funciones deben estar abiertos a todas las personas en condiciones que hagan posible esa igualdad–. Puede verse, J. Rawls, *La justicia como equidad*, Madrid 2002; *Teoría sobre la justicia*, México 2006.

Ronald Dworkin enseñó Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho. Fue Profesor en la Universidad de Oxford, sucediendo allí a otro famoso filósofo del derecho del sigo XX, a Herbert L. A. Hart, cuyo positivismo jurídico basado en la filosofía analítica había criticado Dworkin. Para este autor el derecho se ha de basar sobre todo en principios, que son los que han de orientar la interpretación de los jueces. Según Dworkin, pueden existir varias interpretaciones que sean adecuadas, pero sólo una puede ser la correcta, y el criterio para encontrarla lo determina precisamente con base en el principio de igualdad. Esta fundamentación de la interpretación con base en el criterio de igualdad es el que pone punto final al proceso de justificación del derecho.

Pero, en realidad, como antes hemos dicho, tanto *la igualdad* como *la libertad* son más bien un presupuesto de la justicia, es decir, son cualidades que caracterizan a la persona humana en sí misma y en su dimensión social. Por su naturaleza espiritual, la persona está dotada de razón y de voluntad, es dueña de sus propios actos y de sus propios derechos (*sui iuris*), es libre. A su vez, la naturaleza humana es esencialmente la misma en todas las personas, hay una igualdad de esencia entre todas ellas que ha de tenerse en cuenta en las relaciones de sociedad.

Esta igualdad esencial es compatible, a su vez, con todas las diferencias que pueden existir entre las personas debido a las muchas circunstancias que las rodean y que hay que tener también presentes. Por eso, hay que decir también, como decían ya los clásicos del pensamiento griego, que la igualdad en la que se basa el orden jurídico de la sociedad no puede ser una igualdad aritmética, como es la que sirve para medir la cantidad material o las relaciones entre los cuerpos dentro del universo. Este último tipo de igualdad es la que correspondería, sobre todo, a lo que antes hemos llamado un orden estático.

En cambio, el orden jurídico es un orden dinámico, por ser un orden humano que ha de adaptarse a todas las circunstancias que son propias de la naturaleza del hombre; mide las relaciones entre las personas que tienen lugar dentro de la sociedad y, por eso, la igualdad que es característica del orden jurídico, es más bien una *igualdad de proporción*. Es necesario encontrar una *razón de proporcionalidad* entre las partes que se miden o comparan, que muchas veces no son cosas materiales, sino que son bienes y actos humanos que no se pueden medir de modo matemático, como se miden las realidades corpóreas.

Se trata, por tanto, de una *igualdad racional* –basada en una recta razón– que, por referirse a actos humanos, o a bienes inmateriales o espirituales de la persona, requiere diferentes reglas de medida, aunque todas ellas habrán de basarse en una cierta proporcionalidad entre esos distintos bienes. Esto significa, entre otras cosas, que hay que dar trato igual a lo que es igual, pero también, trato diferente a lo que es diferente.

Por eso, lo decisivo es que esta igualdad de proporción se base siempre en la *razón*, que sea una igualdad *secundum rationem*; lo cual significa que habrá de

Por otra parte, considera que el principio de igualdad es también el último criterio en la escala de los valores, e incluye lo que llama el derecho fundamental a ser tratado con igual consideración y respeto. Incluso entiende este derecho fundamental como un derecho natural. Considera también que tratar a las personas con igual consideración y respeto implicaría asegurarles un conjunto mínimo igual de recursos para que puedan llevar a cabo sus proyectos de vida. Puede verse R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, Barcelona 1992; *Los derechos en serio*, Barcelona 1993; *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona 1993; *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Harvard University Press, Cambridge; Massachussets 2000.

ajustarse a las cosas tal como son realmente, y habrá de tener en cuenta también todas las circunstancias. La llamada *recta ratio* es aquella que es conforme con la verdad y, por tanto, ha de adecuarse a la realidad de las cosas tal como son. Este modo de medir es lo que se ha ido caracterizando también como *equidad*, que es aquel tipo de igualdad que es propia de una justicia razonable, que tiene en cuenta los principios generales, pero también todas las circunstancias particulares del caso concreto.

3.4. *Justicia natural y justicia positiva*

Teniendo en cuenta ese modo de medir –según una recta razón del Derecho– en el que se basa el orden de la justicia y el orden jurídico, podríamos distinguir dos tipos fundamentales de la justicia:

En primer lugar, una justicia basada en la naturaleza de las personas y de las cosas de acuerdo con la razón (*secundum rationem).* Esta justicia habrá de tener en cuenta la libertad e igualdad esencial que las personas tienen por sí mismas, por el hecho de ser personas.

Por eso, las personas tienen Derecho a que se respeten los bienes personales que legítimamente les pertenecen, como la vida o la libertad. De modo semejante, en la esfera de las cosas materiales, las personas tienen Derecho a que se respeten aquellas cosas que han adquirido legítimamente y que forman parte de su propiedad privada. Así, por referirnos a este último ámbito, cuando una persona presta a otra una determinada cantidad mediante un préstamo sin intereses, (por ejemplo 1000 euros), tiene Derecho a recibir esa misma cantidad, y no otra, cuando finalice el préstamo. Ese orden natural, reconocido por la recta razón, que se toma como regla del Derecho es la *justicia natural*.

La justicia natural coincide, como luego veremos, con ese orden natural de la sociedad en el que se basa la *ley natural*, y el *Derecho natural*; ese orden objetivo que debe realizarse para que cada uno tenga lo suyo, es decir, para que cada persona tenga esencialmente los bienes y derechos que le corresponden y se respeten sus derechos naturales.

Así pues, la justicia natural se basa en la naturaleza racional y social del hombre, en una naturaleza humana que es esencialmente igual en todos los tiempos y lugares; por tanto, como decían los clásicos, se basa en aquellas cosas que son necesarias porque son siempre así y en todas partes. Pero hay otras cosas que no llevan consigo ninguna necesidad porque son contingentes y variables; pueden ser objeto de la libre elección de las personas y de los gobernantes.

Por eso, en segundo lugar, puede haber otro tipo de justicia que toma como regla de medida, no el orden natural que está basado en la naturaleza humana,

sino aquel orden que es fruto de los convenios libremente establecidos entre los hombres, o aquel orden que se basa en las leyes positivas promulgadas por el legislador. A este tipo de justicia la podríamos llamar *justicia positiva*, por referirse a ese orden objetivo que está regulado por las leyes positivas. Se la podría llamar también *justicia legal*, entendiendo por tal solo la que se refiere a una legalidad positiva, pues como hemos dicho, la justicia natural es la que está en relación con la ley natural[15].

Como se puede deducir de lo dicho, estas dos clases de justicia tienen diferente naturaleza, y en ella se fundamentan sus mutuas relaciones. Por una parte, por estar basada en normas de libre determinación, que no derivan de la necesidad natural, la justicia positiva o legal tiene un carácter relativo y contingente, que habrá de tener en cuenta las diversas circunstancias.

Por otra parte, dada la generalidad que es propia de las leyes, a veces las leyes positivas pueden no contemplar exactamente las circunstancias del caso concreto. Es entonces cuando podría entrar en juego la necesidad del recurso a la *equidad*, es decir, a la justicia basada en la igualdad natural (*aequitas naturalis*), para que pueda actuar como correctivo de la posible injusticia que se seguiría de la aplicación indiscriminada de una ley positiva. En este sentido, la justicia natural equivale a la equidad.

3.5. *La justicia como elemento del bien común*

Tratando de resumir lo hasta ahora dicho, hemos visto que hay una estrecha relación entre justicia y bien común. Hemos considerado que la justicia es ese orden de la sociedad al bien común, en el que cada persona con sus bienes ocupa el lugar que le corresponde dentro de una comunidad política; este *orden social justo* coincide con el concepto de *justicia en sentido objetivo*.

En este caso, la justicia podría ser considerada también como una propiedad o cualidad objetiva de las cosas o de los bienes de las personas, es decir, como una situación en la que personas y cosas están ordenadas según criterios o razones de proporcionalidad que tienen en cuenta el bien común de la sociedad. Por eso, también al bien común de la ciudad, al bien común político se lo podría calificar de justo (*bonum commune iustum)*, en la medida en que estuviera basado en ese orden de justicia del que estamos hablando.

Por tanto, la justicia formaría parte del bien común de la sociedad, sería ese aspecto del bien común que es imprescindible para la existencia misma de la

15. A su vez, esta justicia legal –en sentido objetivo– no habría que confundirla con la justicia legal como virtud, de la que hablaremos más adelante.

sociedad. La noción de bien común puede abarcar toda clase de bienes, en primer lugar aquellos que se refieren la perfección de las personas, como los bienes espirituales y morales, así como todos aquellos que incluyan la felicidad o el bienestar de las personas. Pero el bien común justo se refiere solo a esa parte del bien común que es necesario e imprescindible para la existencia de la sociedad en cuanto tal. En este sentido, el orden de la justicia es también aquel *«mínimo ético»* que es indispensable para la *convivencia y la paz social*. La justicia es entendida entonces como un elemento de ese bien común general de la sociedad. En este mismo sentido, la justicia podría ser considerada así mismo como el *fin del Derecho* y *de las leyes*.

Finalmente, como se puede deducir por lo dicho hasta ahora y por lo que tendremos ocasión de decir más adelante, la *noción de orden* es una noción clave para entender el significado correlativo que tienen las nociones de *Derecho, justicia y ley*. En este sentido, la *justicia* es ese orden objetivo de la sociedad que hay que realizar como fin de todo el Derecho y de cada uno de los derechos; el *Derecho* es la cosa justa –el justo medio de las cosas o de las acciones humanas– que está ordenada según la justicia; la *ley* es la regla de ese orden, la recta razón para medir el Derecho y la justicia.

3.6. *La justicia como virtud*

Hasta aquí hemos hablado de la justicia en sentido objetivo. Pero, cabe hablar también de la *justicia en sentido subjetivo*. En realidad se trata de dos sentidos que podemos considerar también como *correlativos*. Cuando hablamos de la justicia en sentido objetivo nos referimos al orden social en cuanto que es justo, estamos calificando de justo el orden de la sociedad. Cuando hablamos de la justicia en sentido subjetivo nos estaríamos refiriendo a la justicia en cuanto que califica a un sujeto y a sus actos, como una cualidad de la persona, por virtud de la cual sus actos se consideran justos.

En el caso de que esa cualidad no fuese solo algo pasajero, sino que fuese también una disposición estable y permanente de la voluntad, el sujeto que la poseyera se podría calificar como un hombre justo; y a esa disposición estable y permanente de la voluntad la podríamos calificar como un *hábito* o *virtud* de la persona. Es una virtud porque un acto justo es también algo bueno, la justicia reconoce a las personas sus derechos, es decir, los bienes que les corresponden.

Por tanto, esta consideración de la justicia en sentido subjetivo tiene que ver con el *orden moral*, especialmente si se considera la moral como un tratado sobre las virtudes, como ocurre en el caso de la filosofía moral clásica.

A este concepto de la justicia es al que se refiere la filosofía de Aristóteles y más tarde la filosofía estoica. Por influencia del estoicismo, este planteamiento es el que se refleja también en la definición clásica de Ulpiano: la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo[16]. Es la justicia que atribuye a cada persona su Derecho o sus derechos, es decir, aquello que le corresponde como justo. En esta definición, el Derecho aparece como lo justo, como aquel bien o conjunto de bienes que le corresponden a un sujeto como bien justo (*bonum iustum*).

Esta justicia en sentido subjetivo es la que –desde Aristóteles– se suele dividir propiamente en *justicia particular* y en *justicia general*, que en este caso serían como las dos especies fundamentales de la virtud de la justicia[17].

Cuando la justicia tiene por objeto la cosa o acción ordenada al bien particular que corresponde a cada persona se llama *justicia particular*. Se la puede llamar así por hacer referencia a esos bienes o derechos de las personas que, en el marco de las relaciones jurídicas que tienen entre sí, están ordenados según las reglas de la recta razón y de lo justo. Lo que los clásicos llamaban *Derecho* es propiamente el objeto de la justicia particular, el *justo medio* en que consiste eso justo particular (*bonum particulare iustum*). Este justo medio son las cosas o bienes de las personas en cuanto ordenados entre sí y debidos a sus legítimos titulares porque les pertenecen como suyos.

En cambio, cuando la justicia tiene por objeto «lo justo general» ordenado al bien común de toda la sociedad (*bonum commune iustum*) se llama *justicia general*. Como lo justo general está medido sobre todo por las leyes positivas suele coincidir con lo que podemos llamar «lo justo legal» o «Derecho legal», con el derecho de la comunidad regulado por esas leyes en las que se basan los derechos de las personas en sociedad. Por eso, a la justicia general se la puede llamar también *justicia legal.*

Como antes decíamos, la noción de justicia en sentido subjetivo ha sido utilizada preferentemente por los moralistas, para referirse a una de las virtudes fundamentales –cardinales– del orden moral. En cambio, la noción de justicia en sentido objetivo ha sido utilizada preferentemente por los juristas, sobre todo en época más reciente, porque permite diferenciar, atendiendo a criterios objetivos y externos, el orden moral y el orden jurídico. Igualmente, como antes recordamos, la noción objetiva de la justicia se ha utilizado para hacer referencia al orden social justo como fin del Derecho.

16. *Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (*Digesto*, 1,1, 10 pr.).
17. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, libro V, c. 2.

En todo caso, también habría que recordar de nuevo que, según la doctrina clásica de la ley natural y del Derecho natural, no existe propiamente una separación entre *orden moral y orden jurídico*, sino más bien una distinción sin confusión. Por eso, estos dos sentidos de la justicia se han usado también comúnmente, tanto en el ámbito del Derecho, como en el ámbito de la moral. Ya vimos cómo un jurista como Ulpiano se refiere a la justicia como virtud en su famosa definición ya citada más arriba[18].

4. La ley

4.1. *La racionalidad y la generalidad de la ley*

1) Para la teoría clásica del Derecho, la *ley* es considerada como la regla o medida del Derecho y de la justicia, según esa recta razón a la que también nos hemos referido anteriormente. Una ley será justa en la medida en que se adecue a ese orden natural que corresponde a la naturaleza de las cosas (*rerum natura*) y que la recta razón reconoce. De aquí también la estrecha relación entre justicia y verdad. Para conocer la verdad es necesario que la razón se iguale con la realidad de las cosas tal como son (*adaequatio mentis et rei*). A esta igualdad entre razón y realidad –especialmente cuando se refiere a la relación entre los actos humanos y su fin– es a la que los clásicos llamaban *recta ratio*.

18. Estos dos sentidos –objetivo y subjetivo– de la justicia a los que nos estamos refiriendo estuvieron ya presentes en el pensamiento clásico desde el principio. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de Platón y de Aristóteles.

Platón destacó especialmente el sentido objetivo de la justicia, describiéndola como aquel orden general de la sociedad que tiene lugar cuando cada persona ocupa el lugar que le compete dentro de ella, de acuerdo con la condición y las funciones que le corresponden. Pero también se ocupó de la justicia en sentido subjetivo, considerándola como una cualidad moral de la persona, cuando las diversas partes de la persona individual están ordenadas entre sí, de manera que las partes inferiores obedecen a la parte superior. Este orden dentro de la persona y de cada una de su partes es lo que él llama justicia, la cual presupone y es resultado de la existencia de las otras tres virtudes cardinales: la prudencia, la fortaleza y la templanza. Vid. Platón, *La República*, Libro IV.

Aristóteles, en cambio, consideró especialmente a la justicia en sentido subjetivo, como hábito o virtud personal. La entiende como aquella virtud de la persona cuyo objeto es lo justo. De aquí las dos especies de la justicia: la justicia particular, cuando su objeto es lo justo particular (el derecho); la justicia general, cuando su objeto es lo justo general como parte del bien común de la sociedad. Vid. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro V.

Esta consideración del derecho, como lo justo particular, es la que estaría también especialmente presente en los juristas romanos, para quienes el derecho es ante todo lo justo en los casos concretos, aquello que declara el juez en un proceso, normalmente como consecuencia del ejercicio de una acción judicial. Por eso, en esa concepción romanista del derecho, por derecho se entiende sobre todo el derecho privado. Vid. A. D'ors, *Derecho Privado Romano*, Pamplona [10]2004, 121-123.

Este planteamiento presupone que el *orden* puede ser considerado de una doble manera: en primer lugar, como ese orden real que corresponde a la naturaleza de las cosas (*ordo rerum*); y, en segundo lugar, como orden de la razón, en cuanto que es captado por ella al conocer esa realidad de las cosas tal como son (*ordo rationis*). Cuando hablamos de la justicia en sentido objetivo ya tuvimos ocasión de referimos a esa primera acepción del orden, como *ordo rerum* del Universo. Dentro de este orden del Universo está integrado el orden de la justicia, aunque sean específicamente diferentes el orden meramente físico y el orden moral o el orden jurídico.

Pero, ahora queremos referirnos a la segunda acepción del orden, a ese orden específico de la sociedad considerado como un orden de la razón (*ordo rationis*). Precisamente a este orden, en cuanto que es racional y en cuanto que está regulado por la razón, es a lo que la teoría clásica llamaba ley. Consideraba que la ley es una regla o medida de los actos humanos cuyo principio es la razón. Como acto de la razón –*opus rationis*–, la ley es un juicio sobre el obrar, pero es un juicio de carácter imperativo, que manda, prohíbe o permite hacer algo.

Este concepto de ley se corresponde con aquella definición del orden a la que ya aludimos, y que vale también para el orden jurídico, como la recta razón de las cosas a su fin –*recta ratio rerum ad finem*–. Siendo la ley una regla o medida de los actos humanos, habrá de ser algo de la razón, pues solo la razón puede conocer la adecuación entre los medios y los fines, y puede ordenar también su ejecución mediante un acto de imperio. Efectivamente, lo propio de la razón es ordenar, eligiendo los medios en orden al fin. Por eso, la *racionalidad* es considerada como una característica esencial de la ley.

Como veremos, esto vale para toda clase de leyes, también para las leyes positivas humanas, que se refieren al orden dentro de una comunidad: solo se podrán considerar verdaderas leyes (leyes justas) cuando posean esa característica *recta ratio*. Por eso, para los clásicos la diversidad de leyes se basaba en la diversidad de órdenes que puede existir, así como en los diversos modos en que un orden determinado pueda estar presente en la razón. Así es como distinguían entre la ley eterna, la ley natural y la ley positiva. De ahí que la noción de ley tenga un *significado analógico*, como veremos después al hablar de esas diferentes clases de leyes.

Pero como la ley es también un acto imperativo, un mandato que genera la obligación de cumplirla, de nuevo se planteaba aquí ¿es el acto de imperio un acto de la razón o de la voluntad? Sobre esta cuestión se discutió ampliamente entre los llamados voluntaristas y racionalistas. Una posición equilibrada es la que supo distinguir dos aspectos en ese juicio imperativo en que consiste la ley.

En cuanto que es un juicio, la ley reside en la razón, es esencialmente un acto de la razón (por eso considera la ley como *ordinatio rationis*); pero, en cuanto que es un acto de imperio, presupone también un acto de voluntad, que es la que quiere propiamente el fin y los medios, y, por tanto, quiere que ese orden de la razón se ejecute y se lleve a efecto.

A su vez, la *obligación* de cumplir la ley surge del acto de imperio. No pertenece propiamente a la esencia de la ley sino que es más bien una *consecuencia* suya. Precisamente esta obligación de cumplir las leyes, en cuanto que vincula la voluntad de sus destinatarios como miembros de una comunidad, es lo que se considera objeto de la llamada *justicia legal*. Por eso, si la ley es una regla de la razón, la justicia como virtud es una cualidad de la voluntad, cuyo objeto, en el caso de la justicia legal, es precisamente el cumplimiento de las leyes.

Por otra parte, en coherencia con todo lo que estamos diciendo, la ley no solo no puede ser un mero acto de voluntad sino que tampoco puede ser una razón que crea arbitrariamente el Derecho. Cuando la ley se reduce esencialmente a un acto de voluntad, aunque se tratara de la autoridad legítima, se están poniendo las bases del positivismo jurídico, del que después hablaremos, pues efectivamente, la voluntad que actúa al margen de la razón es una potencia ciega. A su vez, si la razón actuara arbitrariamente se estaría produciendo un abuso que identificaría la razón con la fuerza.

Por el contrario, la razón en la que se basan la ley, la justicia y el Derecho, ha de ser una razón que se adecue a la verdad de las cosas, y sepa descubrir y reconocer ante todo el orden natural. Ha de ser una *recta razón*.

Este es el planteamiento en el que se basa el *realismo jurídico*, el cual está fundado en que la *verdad* no es propiamente una creación de la inteligencia, sino una propiedad que se encuentra en las cosas y que la inteligencia puede conocer. En consecuencia, la verdad sobre la justicia y el Derecho solo pueden basarse en esa naturaleza de las cosas, que, en el caso del orden jurídico, es ante todo la *naturaleza del hombre*, la realidad de la persona humana y de la sociedad[19].

19. San Isidoro de Sevilla, adoptando el significado vulgar de ley al que se refiere Cicerón (*de legibus*, I, c. 6), afirmaba que la palabra ley deriva de leer, puesto que la ley suele estar escrita: *lex a legendo, quia scripta est.* Aunque esta afirmación no sea correcta desde un punto de vista etimológico, es cierto que la ley positiva, que es a la que se refería, suele tener una forma escrita –que puede ser leída– en la que se fija su contenido y se facilita así su cumplimiento. San isidoro de sevilla, *Etymologías* (II, c. 10), Madrid, 1951.

Pero, en un sentido más profundo, este concepto de ley como algo que puede ser leído vale también para la ley natural. ¿Dónde está escrita la ley natural? Para la teoría clásica de la ley, la ley natural está escrita en la naturaleza humana –«en el corazón del hombre», se podría decir de un modo más poético–, y ahí puede ser leída por la razón a través de un análisis de las inclinaciones naturales del hombre.

Por otra parte, si la verdad sobre la justicia y el Derecho está relacionada con la verdad sobre el hombre, la fundamentación del Derecho requiere un profundo conocimiento de la persona humana. Una teoría realista del Derecho presupone también una verdadera *antropología jurídica*. Por eso la ciencia jurídica no puede conformarse con ser un conocimiento meramente empírico del hombre y reducir su objeto al de una ciencia experimental positiva. Ha de abrirse también a una investigación incluso metafísica sobre el fundamento del Derecho, como después diremos.

2) Por otra parte, junto a esta racionalidad característica de toda ley, hay otra característica que es propia sobre todo de la ley positiva: su carácter general (*generalidad*). Como también veremos después, las leyes positivas son dadas para una comunidad de personas, cuyo fin no puede ser otro que el bien común de todas ellas, de manera que es también necesario que la ley ordene al bien común (*ordinatio rationis in bonum commune*). La ley ha de considerar la conducta de las personas en su relación con el bien común general, que incluye la dignidad, la libertad y la igualdad de esas personas, según los criterios racionales que son propios del orden de la justicia. Por eso, la ley no puede hacer acepción de personas, ni establecer discriminación alguna entre ellas (igualdad de todos ante la ley), salvo que estuviera racionalmente justificada.

Como ya vimos al tratar de la justicia, esta generalidad de las leyes positivas podría ser causa de posibles injusticias, si la ley no contemplara exactamente todas las circunstancias del caso concreto. Por eso, aquí desempeña también un gran papel la *equidad*, como una de las tareas principales que deben realizar los jueces, mediante la corrección de las normas legales para su adecuación a los supuestos de hecho. Cuando la generalidad de una ley no considera todas las circunstancias que es necesario tener en cuenta, y se seguiría una injusticia como consecuencia de la aplicación de la norma general, se podría recurrir a los principios de la justicia natural, evitando así esos efectos no deseados de la norma legal positiva.

Por otra parte, aquí podríamos referirnos ya a la relación entre *ley, prudencia y Derecho*. Cuando esa *recta ratio* que sabe dirigir al bien común de la sociedad es poseída por una persona, como una disposición permanente, podemos hablar del hábito o virtud de la *prudencia*. Lo que los clásicos llamaban *«prudencia legislativa»* era precisamente esa *recta ratio* que tiene por objeto *la ley* como ordenación al *bien común general de la sociedad*. La ley es así el objeto de la prudencia legislativa y una obra de prudencia. Por eso, la prudencia legislativa era considerada como la virtud propia de los legisladores, es decir, de aquellas personas a quienes la comunidad ha encargado el oficio de ordenar al bien común mediante las leyes.

Pero también puede ocurrir que la *recta ratio* no se refiera al bien común general de la comunidad política, sino que se refiera solo al bien de algunas personas, en aquellas relaciones jurídicas particulares cuyos sujetos son varias personas singulares. En este caso, la *recta ratio* se refiere a lo que hemos llamado el *justo medio de la justicia particular,* a ese justo medio real –según la realidad– en que el Derecho propiamente consiste (*medium rei),* y que se corresponde con la naturaleza de la cosa en un caso concreto (*natura rei*). Este conocimiento que discierne lo justo correspondiente a cada persona en una relación jurídica concreta es el que se puede llamar propiamente la recta razón del Derecho (*recta ratio iuris*); y cuando se posee como un hábito o virtud lo llamamos «prudencia jurídica» (*iuris prudentia*). El Derecho es precisamente el objeto de la prudencia jurídica, como veremos más adelante.

4.2. *La ley eterna*

Enlazando con lo que afirmábamos más arriba cuando hablábamos del orden natural, queremos plantear ahora otra cuestión: el *orden natural del universo* no puede fundamentarse en sí mismo, ni ser la causa y razón última de sí mismo. Esto vale en primer lugar para el orden físico, sometido al principio de causalidad y a la necesidad en la que se basan las leyes físicas, pero vale también para el orden moral y el orden jurídico, en los que rige el principio de finalidad y que están basados en la libertad del hombre.

Por otra parte, el orden de los seres del universo no puede ser el fruto de una casual ordenación basada en el azar, lo cual nos conduciría a la irracionalidad y al absurdo, sino que exige una razón ordenadora, como causa de todo lo que existe. Así es como llegamos a *Dios*, como causa primera de toda realidad, y al *Logos divino*, como la razón y el fundamento último de todo el orden universal, y, por tanto, también a Dios como Supremo Legislador y Juez[20]. La experiencia demuestra que, cuando se rechaza la existencia de Dios, se corre el peligro de convertir la «Naturaleza» en una especie de divinidad irracional. Las consecuencias morales y jurídicas de esta segunda alternativa pueden ser demoledoras, como

20. «El orden que se observa en la naturaleza de las causas consiste en que las inferiores no obran, si no las impele la virtud de las superiores. Por lo cual, como dijo Aristóteles, es necesario reconocer un primer motor del cual todos los demás dependen. Porque, si no moviera el primero, tampoco podrían en manera alguna mover los demás. Y en el libro I de su Ética hace resaltar este mismo orden en las artes. La que posee en el mayor grado posible el arte, impera como reina en todas las demás. Pues este mismo orden ha de practicarse y reconocerse en las leyes que gobiernan el mundo. Es decir: que hay una ley suprema, que es raíz y origen de todas las demás leyes. A esta ley suprema la llamamos ley eterna». Domingo de Soto, *De iustitia et iure libri decem,* lib. I, q. III, a. 3.

lo demostró el ateísmo institucional de los sistemas políticos que causaron la última guerra mundial.

Pues bien, a ese orden del universo, en cuanto que se encuentra en la razón divina, como causa primera y fin último de toda la realidad existente, es a lo que la doctrina clásica de la ley natural llama *ley eterna*. Teniendo en cuenta que Dios es un ser absolutamente simple, y que en Él la razón y la voluntad son una sola cosa, Agustín de Hipona definirá la ley eterna como la razón o voluntad de Dios, que manda observar el orden natural y que prohíbe perturbarlo (*ratio divina vel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari iubens, perturbari vetans*)[21].

Sin perder la continuidad con la doctrina agustiniana, Tomás de Aquino, por su parte, subrayó más el significado de la ley eterna como obra de razón y de sabiduría. Así, la define como la razón de la divina sabiduría, en cuanto que es directiva de todos los actos y movimientos (*ratio divinae sapientiae, in quantum est directiva omnium actuum et motionum*)[22].

Por tanto, para la doctrina clásica, reelaborada por la filosofía cristiana, el orden del cosmos no solo es un orden racional, que está impregnado por una razón y voluntad que le es inmanente como ley, sino que hay otra razón y voluntad que lo precede y lo trasciende, y que es la causa primera y el fundamento en que se basa. A través de la ley eterna, Dios es el supremo legislador del universo y de todas las leyes que lo rigen. Por la misma razón, Dios es también la *causa primera y el fin último del Derecho*, su fundamento de carácter absoluto.

En este sentido, Hans Kelsen tenía razón: Dios es el fundamento radical de la teoría de la ley natural y del derecho natural[23]. Pero, yendo más allá de lo que decía Kelsen, habría que decir que existe efectivamente una ley divina que ordena el cosmos. En contra de lo que decía Kelsen, habría que decir, además, que esa ley divina puede ser conocida por el hombre. Como veremos enseguida, esa ley no solo está presente en el orden del universo como una razón y una voluntad que lo impregnan, sino que puede ser leída incluso en el interior del corazón humano, como un orden de inclinaciones que la manifiestan, y en donde puede ser reconocida por todos. Solo si se redujese el ámbito del conocimiento a lo científico-experimental en relación con los fenómenos externos, se estaría poniendo un límite a ese reconocimiento; lo cual sería como una autolimitación voluntaria que impediría conocer la totalidad de la experiencia humana.

21. San Agustín, *Contra Faustum*, XXII, 27 (PL. XLII, 418).
22. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I–II, q. 93, a. 1.
23. H. Kelsen, *Bases de la teoría del Derecho Natural*, Ius Canonicum, vol. II, fascículo II (1962) 577-584.

4.3. *La ley natural*

Para la doctrina clásica sobre la ley que estamos tratando de resumir, la ley eterna y la ley natural están estrechamente relacionadas. Por una parte, la ley natural deriva de la ley eterna, en la medida en que el orden natural de los seres participa ontológicamente del orden eterno que existe en Dios. Por otra parte, la misma ley eterna puede ser conocida por la razón humana a partir de ese orden natural que existe en el universo.

Este planteamiento está basado en la doctrina de la *participación*, según la cual el hombre y la naturaleza participan también del *Logos* divino. La doctrina de la participación es también el fundamento de la *analogía* que se da entre Dios y todos los seres del Universo. Por eso, no se puede establecer una contraposición entre naturaleza, persona humana y Dios, como si fuesen tres tipos de sustancias incompatibles entre sí. Es necesario un planteamiento que, basándose en la analogía, restablezca una armonía y una reconciliación entre estas tres diversas categorías de seres. Esto significaría que la libertad del hombre no es incompatible con el poder infinito de Dios, pero tampoco es incompatible con la naturaleza física y corpórea del hombre, pues la naturaleza humana es también una naturaleza espiritual, dotada de razón y voluntad, que es el fundamento de la libertad.

Por tanto, el orden del Universo está impregnado de una racionalidad, que es anterior a él y que lo trasciende, pero que también le es inmanente. Por eso, en este sentido el *orden natural* participa ya ontológicamente de la ley eterna. A su vez, este orden está impreso también en la *naturaleza humana*, pues también ella es una parte –eminente– del Universo y participa –pasivamente– de esa razón ordenadora que es la ley eterna. Finalmente, este mismo orden puede ser participado también –activamente– por la *razón del hombre*, mediante el conocimiento de esas leyes que están presentes en el orden del universo y en la propia naturaleza humana[24].

Así pues, la razón humana no solo puede conocer y descubrir el orden universal cuando conoce las leyes físicas, sino que puede conocer y descubrir también el orden que está impreso en la propia naturaleza del hombre. Este conocimiento del orden de la naturaleza humana participado –activamente– por la inteligencia del hombre es lo que se llama *ley natural*, que Tomás de Aquino

24. De ello da testimonio Cicerón, recogiendo la tradición clásica anterior a él: «Existe ciertamente una verdadera ley, la recta razón, conforme a la naturaleza, extendida a todos, inmutable, eterna, que llama a cumplir con la propia obligación, y aparta del mal que prohibe». Cicerón, *De republica*, 3, 22, 33.

–siguiendo a san Agustín– define como una participación de la Ley Eterna en la criatura racional (*participatio legis aeternae in rationali creatura*)[25].

Por tanto, si hay un orden que está impreso en la naturaleza humana, el conocimiento de la ley natural requiere un conocimiento de nuestra naturaleza, que permita descubrir las leyes por las que ha de regirse, conocimiento que corresponde a la inteligencia y a la razón. *Naturaleza humana y razón* son, pues, el fundamento de la ley natural en su dimensión moral y jurídica.

En esta línea, la doctrina clásica de la ley natural se dio cuenta de que para conocer bien la naturaleza humana había que partir de la experiencia, pero no cabía conformarse solo con un análisis meramente empírico del hombre, sino que había que conocer también los fines esenciales de los que deriva su obrar. Por eso, trató de investigar cuáles son las principales tendencias o inclinaciones naturales del hombre (*inclinationes naturae*).

Así pues, a partir de una lectura atenta de la naturaleza humana, así como de los bienes y fines a los que está inclinada, la inteligencia puede llegar a descubrir, y después a enunciar, cuales son los *primeros principios de la ley natural*. El primero de todos está basado en la inclinación fundamental de todo ser humano al bien y a la felicidad, así como al rechazo de todo aquello que le sea contrario. De aquí el enunciado de los dos primeros principios de la ley natural: hay que hacer el bien y evitar el mal. Los siguientes principios están basados en un análisis de las principales inclinaciones del hombre, a partir de las cuales podemos llegar a descubrir cuáles son los *bienes humanos fundamentales*, y de este modo poder desarrollar el contenido esencial de la ley natural.

Esas *inclinaciones naturales* se podrían resumir en las siguientes:

En primer lugar, la inclinación del ser humano a la conservación de la propia vida –la cual comparte con todos los seres vivos–, y, a la vez, a un desarrollo integral de esa vida que le lleve a alcanzar la máxima perfección posible de su personalidad en cuanto hombre.

Después, la inclinación natural mutua entre varón y mujer en orden a la formación de una comunidad de vida entre los cónyuges, que permita la procreación y educación de los hijos (inclinación al matrimonio y a la familia).

A continuación, la inclinación del hombre, como ser racional, a conocer la verdad, y a evitar la ignorancia y el error; esta inclinación lleva consigo, a su vez, la libre búsqueda de la verdad también a cerca de Dios y de la felicidad, y, por tanto, acerca de la verdadera religión y del recto orden moral.

Finalmente, la inclinación natural a la vida en comunidad y en sociedad, en orden al bien común de todas las personas que participan de ella, de manera que

25. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I–II, q. 92, a. 2.

esa cooperación entre todos los miembros de la sociedad haga posible obtener los bienes necesarios que el hombre no podría alcanzar en solitario.

De este modo, la razón humana descubre que todo aquello que favorezca los bienes a los que tienden estas inclinaciones es bueno para el hombre, y ha de ser perseguido como tal; y, a la vez, que todo aquello que sea contrario a estas inclinaciones no puede ser bueno, y ha de ser evitado como un mal.

Por otra parte, todas estas inclinaciones no son autónomas y no están separadas unas de otras, sino que están dotadas de una cierta unidad y jerarquía, han de guardar un orden entre sí, que vendrá determinado por la razón. Por tanto, es un orden de inclinaciones que habrán de integrarse entre sí de un modo unitario y, por eso, todas ellas habrán de ser conformes con la *inclinación racional*, que es la más específicamente humana. Las inclinaciones humanas son siempre inclinaciones *secundum rationem.*

Aquí estarían las bases de lo que se llama la *doctrina clásica de la ley natural*.

4.4. *Ley natural y Derecho natural*

Por otra parte, la ley natural es, en primer lugar, una ley moral, en la que se basa el orden moral. Pero tiene también una *dimensión jurídica*, puesto que ese orden de las inclinaciones humanas se puede referir también a la justicia y al Derecho. Esta dimensión jurídica está muy relacionada con la citada *inclinación del hombre a la sociedad,* pues el orden jurídico requiere la vida en sociedad y las relaciones jurídicas presuponen relaciones sociales.

Pero además, como acabamos de decir, todas las inclinaciones en las que se basa la ley natural están relacionadas entre sí, y están mutuamente implicadas unas con otras en la unidad de la persona humana. De aquí podemos extraer enseguida dos consecuencias:

En primer lugar –como también acabamos de decir–, que todas esas inclinaciones naturales han de ser *secundum rationem*, puesto que el hombre tiene una naturaleza racional. Así, la razón descubre que la inclinación a la vida en sociedad solo puede ser verdaderamente razonable y humana cuando está ordenada en conformidad con lo que corresponde a cada uno según su dignidad de persona. De aquí surgen los que podemos considerar, desde la antigüedad clásica, como los dos primeros principios de la justicia y del Derecho: *hay que dar a cada uno lo suyo y no hay que hacer daño a los demás*[26].

26. Ulpiano hablaba de tres *iuris precepta*: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* (*Digesto*, 1,1, 10,1). El primero de ellos tiene sobre todo un carácter moral. Es como el fundamento

En segundo lugar, que todos esos *bienes humanos* que son el objeto de las inclinaciones naturales del hombre y que son la base de la ley natural, son también bienes que son *debidos a cada persona según el orden de la justicia*, es decir, son también bienes jurídicos o derechos que corresponden a cada persona. De este modo, son también *deberes y derechos naturales* de la persona que son objeto de la justicia.

En consecuencia, de aquí surgen los demás *principios de la justicia y del Derecho* que están en relación con esos deberes y derechos naturales del hombre, como serían los siguientes: el derecho a la vida y el deber de respetarla en todas las fases de su desarrollo, desde su concepción hasta la muerte; los derechos y deberes mutuos entre los cónyuges en orden a los bienes del matrimonio y de la familia, es decir, en orden a la comunidad de vida conyugal y en orden a la procreación y educación de los hijos; el deber y el Derecho de buscar la verdad, especialmente en materia religiosa y moral, y de actuar de acuerdo con la recta conciencia; los derechos y deberes relativos a la libre participación en la vida social y política, y a establecer la organización de gobierno que se considere más adecuada al bien común de la sociedad, etc.

En esto se basarían los primeros principios o reglas básicas del *Derecho natural*.

4.5. *La ley positiva*

Finalmente, junto a la ley natural y al Derecho natural, es necesario referirse también a la *ley positiva* promulgada por el legislador de una comunidad. La necesidad de las leyes positivas es consecuencia, entre otras cosas, del carácter general e indeterminado que tienen los principios de la ley natural. Se requiere que la autoridad social que ejerza el poder legislativo promulgue normas jurídicas que tengan en cuenta las circunstancias concretas de la vida en sociedad. De ahí la famosa definición de ley de Tomás de Aquino, que se ha hecho clásica, y que se refiere a toda ley, pero más en particular a la ley positiva: la ley es aquel orden de la razón dirigido al bien común promulgado por el que tiene a su cargo la comunidad (*ordinatio rationis in bonum commune ab eo qui curam comunitatis habet promulgata*)[27].

En esta definición se encuentran presentes los *elementos esenciales* de la ley: su causa formal, como orden de razón; su causa final, que es el bien común

de los otros dos, que son los más propiamente jurídicos. Aquí se manifiesta también la conexión entre orden jurídico y orden moral en la jurisprudencia clásica.

27. Tomás de Aquino, *Summa Thologiae*, I–II, q.90. a. 4.

social; su causa eficiente, que es el legislador, aunque teniendo en cuenta que el legislador puede serlo la propia comunidad, por sí misma o a través de sus representantes. Además, la ley ha de ser debidamente promulgada, mediante los medios adecuados para ello, para que pueda ser conocida por sus destinatarios y pueda hacerse obligatoria. Se trata de los elementos esenciales de toda ley, y por eso se pueden referir también a las demás clases de leyes a las que nos hemos referido ya. No olvidemos que, como antes decíamos, la noción de ley tiene un significado *analógico*. Pero esos elementos se refieren más directamente a la ley positiva humana.

Por tanto, según la doctrina clásica de la ley, las leyes positivas han de tener en cuenta y han de basarse en la ley natural sobre la justicia y el Derecho para que sean leyes justas. Como la ley es obra de la razón, esta congruencia y derivación de la ley positiva respecto a la ley natural puede realizarse de dos modos[28]:

1) Por conclusión (*per modum conclusionis*): a semejanza de como las conclusiones derivan de las premisas en un razonamiento.

2) Por determinación (*per modum determinationis*): cuando los principios del Derecho natural no determinan cuál es la norma aplicable en los casos concretos y se comportan solo como una norma–marco, que señala los límites dentro de los cuales la ley positiva ha de moverse, la autoridad social es la que tiene que establecer cuál es el contenido concreto de la norma positiva aplicable. Este segundo modo de derivación es el más común, puesto que los principios del Derecho natural no contemplan las situaciones sociales teniendo en cuenta sus circunstancias concretas.

Cuando se observa esta doble vía, las leyes positivas se basarán en la ley natural y serán *leyes justas*. Desde el punto de vista moral, serán también obligatorias en conciencia, puesto que su *fundamento último* será la *ley natural*, que obliga en conciencia.

En el caso de la *comunidad política*, cada ordenamiento jurídico habrá de establecer, mediante un sistema de atribuciones y de delegaciones, que tendrán sus correspondientes procedimientos jurídicos, quiénes son los órganos legitimados para promulgar las leyes positivas. Cuando ese ordenamiento se base en una Constitución o Ley Fundamental del Estado, será esta norma básica la que determine cuáles son esos órganos de producción del Derecho, así como también cuáles son los demás órganos encargados de su ejecución, aplicación e interpretación en las situaciones concretas. Igualmente determinará cuáles son

28. Ibídem, I–II. q. 95, a. 2.

los procedimientos jurídicos adecuados para elaborar las leyes y demás normas jurídicas, así como para su ejecución e interpretación.

Todo ordenamiento jurídico requiere este *proceso de positivación y de concreción* que ha de ir desde los principios más generales y fundamentales –como son los del Derecho natural– hasta los más particulares según las diversas situaciones que puedan darse en la vida social[29].

Pero en todo caso, tal como acabamos de decir, no basta que las leyes y demás normas jurídicas positivas tengan una validez meramente formal por haber sido aprobadas de acuerdo con los procedimientos jurídicos establecidos, sino que han de ser también *leyes justas*. Lo cual significa que su contenido material ha de ser conforme con la ley natural y el Derecho natural. Las normas positivas formalmente válidas pero de contenido injusto no serán obligatorias en conciencia y podrán no ser obedecidas. Su posible eficacia jurídica solo podrá basarse en el uso de la fuerza por parte de los órganos de aplicación del Derecho. Por tanto, el Derecho que sea solo formalmente válido pero cuyo contenido sea injusto carecerá de aquella plenitud e integridad que solo tendrá si se adecua también a la justicia.

29. Este «proceso de positivación» no es *instantáneo* sino que se produce *en cadena*, es decir, comienza con la promulgación de las leyes positivas, pero continúa después, mediante la aplicación y cumplimiento de esas leyes –con la intervención de órganos e instancias de diverso tipo–, y no alcanza su definitiva concreción hasta que intervienen los jueces en los casos concretos, mediante esa tarea de interpretación de las leyes que en realidad no termina hasta que no se llega a la llamada *cosa juzgada*. En ese proceso –sobre todo en su fase final y definitiva que culmina con la interpretación judicial– han de estar presentes todos los elementos del derecho, no solo como norma y como hecho social sino también como «cosa justa» y como adecuación a la justicia. Refiriéndose a esta interpretación judicial del derecho que culmina el proceso de positivación, Ollero afirma lo siguiente:

«Ante el caso concreto se produce la valoración desde un *principio jurídico*, que activa su *precomprensión:* entra en juego una primera hipótesis sobre la decisión capaz de lograr el *ajustamiento* de las relaciones en juego. Sin que quepa marcar etapas netas, se inicia así un trabajo de *interpretación*, que va perfilando esa correspondencia hechos-norma, capaz de fundamentar la decisión propuesta. El interés por encontrar esa *fundamentación legal* es obvio; así aumentarán las posibilidades de que esa decisión no resulte revocada en las posteriores instancias de control previstas. A la vez, tal fundamentación contribuye a que se respeten las *expectativas sociales* que el texto legal logró suscitar. En definitiva, las exigencias de *justicia* que brotan del caso concreto y las expectativas de ajustamiento arraigadas en la sociedad deben erigirse en auténtico centro de gravedad de todo el proceso…

El legalismo (versión práctica más extendida del positivismo) se esfuerza en mantener que en la vida jurídica «en el principio era la ley». Solo por vía legislativa se crearía derecho; el juez debería ser un vocero aséptico de los textos legales, para que –gracias a ello– todos los ciudadanos puedan sentirse «seguros». Los hechos, sin embargo siguen imponiendo su implacable tozudez…

La radical dimensión judicial del derecho hace que el jurista no pueda concebirse –técnica y asépticamente– distante de ese objeto jurídico que nunca está acabadamente puesto, sino que él contribuye creativamente a positivar». A. Ollero, *El Derecho en teoría*, Zizur Menor (Navarra) 2007, 261-262.

5. Ciencia y Jurisprudencia

5.1. *Sindéresis y conciencia jurídica*

Como dijimos en su momento, el Derecho puede ser considerado también como *objeto de conocimiento*. El objeto del orden jurídico son los actos humanos en su vertiente social y externa, un tipo de realidad –*res iusta*– que forma parte de lo operable. Por tanto, el conocimiento jurídico, la verdad sobre el Derecho y sobre la justicia, es un tipo de conocimiento y de verdad que habrá de ser objeto de aquella parte de la inteligencia o de la razón que se llama *inteligencia* o *razón práctica*, que es la que ordena lo conocido a la acción, su fin es el obrar o lo operable.

Conviene distinguir, en primer lugar, entre inteligencia –*intellectus*– y razón –*ratio*– como dos modos diversos de conocer o como dos funciones distintas de la mente humana. La *inteligencia* conoce por intuición, penetrando dentro del objeto conocido, de modo directo e inmediato, sin necesidad de razonamiento alguno. En cambio, la *razón* conoce por comparación entre unos conceptos y otros, entre unos juicios y otros, mediante razonamientos y silogismos más o menos complicados.

Es interesante tener presente estos dos modos de conocer, en relación al tema que nos ocupa, pues, como veremos a continuación, hay que distinguir diversos hábitos de la mente cuando conoce las materias que son objeto del Derecho y de la justicia. Así, mientras que lo que se llama hábito de la *sindéresis* corresponde propiamente a la inteligencia, los hábitos de la *ciencia* y de la *prudencia* corresponden al funcionamiento de la razón en cuanto tal.

Cuando los clásicos hablaban de la *sindéresis* se referían a ese *hábito de la inteligencia* por virtud del cual ésta conoce los primeros principios de la ley natural y del Derecho natural. Por tanto, en este caso, la inteligencia conocería su objeto, no por comparación de unas cosas con otras –como hace la razón–, sino por intuición: la inteligencia captaría de modo directo e inmediato esos primeros principios de la ley natural. Así ocurre cuando capta la noción de bien, que es la primera noción de la *inteligencia práctica*, de modo semejante a como la inteligencia especulativa capta la noción de ente. Así es como conoce el primer principio de la lay natural: hay que hacer el bien y evitar el mal (*bonum est faciendum et malum vitandum*). Sucesivamente, mediante ese análisis de la naturaleza humana al que ya nos referimos anteriormente, va captando los diversos bienes humanos que hay que hacer y los males que hay que evitar.

Este modo de conocimiento es el que los clásicos denominaban «conocimiento por inclinación» –*per inclinationem*–, pues se refiere a aquellos bienes o fines –ya mencionados más arriba– a los que la persona humana se encuentra incli-

nada naturalmente: «por la inclinación natural al acto y al fin congruente con la naturaleza»[30]. Por tanto, se basa en un «apetito natural» sobre esos bienes humanos, en el que se inserta la voluntad y demás potencias apetitivas. Estas potencias con sus actos tienen una inclinación a sus respectivos objetos, que, sin impedir el uso de la libertad, conduce a su vez a una cierta asimilación o connaturalización con ellos. De ahí que ese conocimiento sea llamado también *conocimiento por connaturalidad*.

Por otra parte, hay también otro modo de conocimiento, al que llamamos *conciencia*, que ya no pertenece a lo que es propio de la inteligencia sino a lo que es propio de la *razón práctica*. Aquí cabría distinguir diversos aspectos.

En primer lugar, como ya sabemos, la razón conoce comparando y relacionando unas cosas con otras, pero lo hace mediante actos y juicios singulares y concretos. Esos actos de conocimiento de la razón práctica se denominan *actos o juicios de conciencia* cuando la razón capta la relación que existe entre el acto humano a realizar y la regla o norma que regula la acción. La *conciencia jurídica* sería, pues, la que capta la relación entre los principios o las reglas de la justicia y aquellos actos singulares cuyo objeto es el Derecho.

En segundo lugar, se habla de conciencia recta –*recta ratio*– cuando se produce una adecuación entre el acto a realizar y la regla o norma que se corresponde con la verdad y con la naturaleza de las cosas, es decir, con el orden objetivo de la justicia y con la ley natural. Por tanto, cuando el objeto de esos juicios sea el Derecho, y estos juicios se adecuen a la realidad y capten la verdad sobre lo que es justo en ese caso concreto *(res iusta),* tendremos una recta conciencia jurídica *(recta ratio iuris).* Es evidente que esta rectitud de la conciencia es importante desde el punto de vista moral, pero también desde el punto de vista jurídico. La justicia y el Derecho solo se pueden basar en la verdad.

5.2. *La prudencia jurídica*

Por otro lado, el conocimiento de la razón práctica puede ser también objeto de un hábito o disposición permanente. Cuando esa capacidad de enjuiciar los actos humanos con rectitud según la verdad de lo que son, se convierte en una disposición permanente de la razón práctica, entonces es cuando se habla del hábito o *virtud de la prudencia.* La prudencia –como virtud personal– se puede definir como una recta razón de lo operable en relación con las acciones humanas (*recta ratio agibilium*), a diferencia de lo que ocurre con el *arte* o con la *técnica,*

30. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I–II, q. 91, a. 2.

que se refieren a lo operable en relación con las cosas externas que son objeto de manipulación o de manufacturación (*recta ratio factibilium*).

A su vez, la prudencia puede tener como objeto lo que ordena al bien propio de cada persona (prudencia particular o personal) o lo que ordena al bien común general de la sociedad (prudencia general o social). A nosotros nos interesa ahora esa *prudencia social* cuyo objeto es el bien común de la sociedad, la cual podríamos dividir en prudencia política, cuando ordena al bien común de la comunidad política, y en prudencia familiar, cuando ordena al bien común del matrimonio y de la familia.

Una modalidad de la *prudencia política* es la que se llama *prudencia legislativa*, cuyo objeto es la ley o las leyes, en cuanto que ordenan al bien común político. El objeto de esta prudencia es hacer leyes justas. Por eso está relacionada, a su vez, con la *justicia legal*, cuyo objeto es el cumplimiento de esas leyes.

Otra modalidad de la prudencia es la *prudencia jurídica o jurisprudencia,* es decir, aquella virtud o hábito de la razón práctica cuyo objeto es precisamente ese bien justo particular que llamamos derecho (*iuris prudentia*). Por eso, la prudencia jurídica está relacionada a su vez con la *justicia particular*, cuyo objeto es también el derecho. Como es obvio por tratarse de una virtud y por lo dicho anteriormente, la prudencia jurídica presupone una adecuación a la verdad jurídica o recta razón del derecho, ha de ser *recta ratio iuris.*

Parece claro que este hábito de la *prudentia iuris* es muy necesario para los jueces y también para todos los ciudadanos en la tarea diaria de la realización de la justicia y del derecho. En el caso de los jueces, esa prudencia del derecho se requiere para poder enjuiciar del modo adecuado cada caso, normalmente a partir de una precomprensión primera y todavía provisional de los hechos y del derecho aplicable *hic et nunc*, la cual llevará luego a buscar la fundamentación jurídica más conveniente para dictaminar lo justo concreto. Para ello el juez habrá de recurrir a los principios de la justicia, pero también a las normas que los completan, realizando así una labor de interpretación que es siempre insustituible, y que está al final de todo el proceso de positivación y de concreción del derecho que habrá comenzado con la creación de las leyes y normas positivas. Así se va formando la «jurisprudencia», basada en los casos concretos y en los precedentes judiciales, que es función típica de los jueces en todo ese complejo proceso que lleva consigo la interpretación del derecho.

Con toda razón, la teoría clásica de las virtudes considera que la prudencia y la justicia, junto con la fortaleza y la templanza, son virtudes cardinales, es decir, son las virtudes morales fundamentales del hombre, de las que dependen todas las demás. Dada la unidad del hombre –la unidad entre cuerpo y alma; o

la unidad entre razón, voluntad y sentimientos– entre esas virtudes fundamentales hay una estrecha *unidad y coordinación*. Lo cual quiere decir que no pueden darse las unas sin las otras.

En el caso de la prudencia y de la justicia, que se pueden considerar por su objeto como las virtudes fundamentales de un jurista, esto significa que no puede darse tampoco la una sin la otra. La razón está en la unidad que debe existir *entre razón y voluntad*, que son las dos potencias del alma en las que residen respectivamente la prudencia y la justicia. Para ser prudente hace falta ser justo y viceversa. Para poder conocer la verdad sobre la justicia y el Derecho es necesario tener una recta inclinación de la voluntad a lo que es justo, hace falta querer obrar la justicia y el Derecho. A su vez, para poder ser justo es necesario que la razón esté inclinada rectamente a la verdad y busque honestamente la verdad sobre la justicia y el Derecho, lo cual es propio de la prudencia.

Es evidente, entonces, la importancia que en la práctica jurídica tiene esta unidad entre las virtudes. Basta pensar de nuevo en el caso de los jueces, que son los que tienen como tarea la *iudicatio*, «decir el derecho» que es justo aquí y ahora mediante la sentencia. Si la persona del juez no es justa y prudente, en el sentido en el que lo estamos diciendo, será difícil que pueda dictar una sentencia justa y que pueda administrar rectamente la justicia. Pero lo mismo vale para todos los que se dedican al conocimiento y a la aplicación del derecho. No se puede ser un buen jurista sin poseer las virtudes de la justicia y de la prudencia, sin ser *justo y prudente*.

Finalmente, habría que distinguir también entre la *prudencia* y la *sindéresis*. Mientras que la prudencia es un hábito de la razón práctica, la sindéresis es un hábito de la inteligencia. Por otra parte, la sindéresis se refiere propiamente a los *fines*, que son los primeros principios del obrar, mientras que la prudencia se refiere a los *medios*. La sindéresis, como inteligencia de los primeros principios operativos, se refiere a esos bienes que son fines del hombre, mientras que la prudencia, como recta razón de lo que está ordenado al fin, se refiere a los medios que son necesarios para obtener esos bienes o fines.

De ahí que la prudencia sea propiamente un *hábito de la razón práctica*, pues es la razón la que compara los medios entre sí y, a su vez, los compara también con los fines, para saber cuáles son los más adecuados al fin que se pretende. En cambio, la sindéresis es la que le proporciona a la prudencia los primeros principios mediante los cuales ha de juzgar cuál de esos medios es el más adecuado. En el caso de la prudencia jurídica, ese *justo medio,* que ha de estar adecuado en primer lugar a los principios de la justicia, es precisamente lo que llamamos *Derecho.*

5.3. *La ciencia jurídica*

Además, el conocimiento jurídico puede ser considerado también como objeto de una ciencia, lo que llamamos ciencia jurídica (*iuris scientia*). ¿Qué hemos de entender por ciencia?

En primer lugar, la ciencia investiga las causas de las cosas, hasta llegar a certezas que permitan extraer conclusiones que se basen en la verdad (*cognitio certa per causas*, según la definición aristotélica). En esa tarea utiliza sobre todo la razón, en su función de comparar unas cosas con otras –por ejemplo, las causas con los efectos, los medios con los fines, etc.– por medio del razonamiento, para poder llegar finalmente a conclusiones ciertas a través del silogismo y la demostración.

En segundo lugar, el *conocimiento científico* estudia su objeto desde una perspectiva determinada. Por eso se distingue entre el objeto material y el objeto formal de una ciencia. Un mismo objeto material se puede estudiar desde diferentes perspectivas formales y estas diversas formalidades son las que diferencian propiamente a las ciencias entre sí. La ciencia se caracteriza así por sus diferentes objetos materiales o formales, y también por el *método* que se deriva de esos objetos.

En este sentido, la ciencia jurídica tiene por objeto el estudio de las relaciones sociales desde el punto de vista del Derecho o bajo la razón formal del Derecho (*ratione iuris*). En este sentido es una *ciencia práctica*, puesto que ese objeto es una realidad operable, que persigue como fin la realización del orden de la justicia y de lo justo. El método adecuado a ese objeto y a esas perspectivas formales es lo que llamamos *método jurídico*, cuyas características permiten distinguir la ciencia jurídica de otras ciencias prácticas, como la ciencia moral.

Por otra parte, como la ciencia es un hábito de la razón, se hace necesario diferenciar también a la ciencia jurídica de los otros hábitos de la razón práctica a los que ya nos hemos referido. ¿Qué es lo que caracteriza entonces a la ciencia jurídica? ¿En qué se diferencia y cómo se relaciona con otros hábitos de los que ya hemos hablado, como pueden ser la sindéresis y la prudencia jurídica?

La *ciencia jurídica* se puede caracterizar como aquel *hábito de la razón práctica* que, teniendo en cuenta ante todo los primeros principios del derecho –que son conocidos por la inteligencia o sindéresis–, procura extraer todas las conclusiones y consecuencias jurídicas que de ellos derivan para el orden jurídico. Por eso, si se tiene en cuenta que los primeros principios del derecho son principios de derecho natural, y que al menos las conclusiones y consecuencias más fundamentales de esos principios pueden participar también de la fuerza de sus

premisas, a la ciencia que estudiaba toda esa temática se la ha llamado durante algunos siglos «ciencia del derecho natural» (*iuris naturalis scientia*).

Pero hay que tener en cuenta también que los principios del Derecho –en cuanto que son principios de Derecho natural– requieren ser completados, no solo mediante conclusiones, sino también mediante *determinaciones* que consideren también las circunstancias concretas. Por tanto, la ciencia jurídica habrá de referirse también a esas conclusiones y determinaciones más particulares, que es a lo que solemos llamar *Derecho positivo*. La ciencia jurídica habrá de ser, a la vez, ciencia del Derecho natural y del Derecho positivo, como dos dimensiones inseparables del ordenamiento jurídico.

En resumen, en la teoría clásica se distinguía entre el hábito de los primeros principios o sindéresis, como hábito de la inteligencia, y el hábito de la ciencia, como hábito de la razón. A su vez, según la teoría clásica, la ciencia jurídica ha de estudiar tanto el derecho natural como el derecho positivo, considerados ambos como dos partes integrantes del orden jurídico, y, por tanto, también como el objeto indivisible de un conocimiento unitario del derecho.

5.4. *Ciencia y jurisprudencia*

Además, habría que distinguir también entre la ciencia y la prudencia jurídica (jurisprudencia).

Por una parte, el conocimiento científico tiene un *carácter general*, pues pretende enunciar leyes necesarias y elevar a sistema –de un modo unitario y ordenado– el conjunto de conocimientos sobre su objeto. Por ello, tiene que ocuparse de los principios y a la vez extraer conclusiones; se ha de referir a las causas y a los efectos, y, de este modo, tratar de enunciar esas leyes generales. Esto vale sobre todo para las ciencias teóricas o especulativas, que se basan en cosas sometidas a la necesidad y de las que se pueden extraer conclusiones necesarias, como es el caso de las ciencias físico–matemáticas.

Pero en el caso de las ciencias prácticas, como es el caso de la ciencia jurídica, su objeto se refiere a lo operable, a los actos humanos que son contingentes, mutables e históricos. Cuando la ciencia jurídica enuncia leyes generales ha de tener en cuenta esa mutabilidad e historicidad del hombre y de la sociedad. En este sentido, la ciencia jurídica no es propiamente un conocimiento inmediatamente práctico, sino más bien un conocimiento que podríamos calificar de *especulativo–práctico*: es práctico por su objeto, que es el operable jurídico; pero es también especulativo, en cuanto que es un conocimiento de lo general y en cuanto que su finalidad inmediata no es todavía la acción.

En cambio, como ya dijimos más arriba, la prudencia es un conocimiento inmediatamente práctico, pues se ocupa de lo operable singular. En el caso de la prudencia jurídica o *iuris–prudentia,* como *recta ratio iuris* trata de conocer cuál es el Derecho *hic et nunc*, en este caso concreto. Responde siempre a la pregunta *quid iuris?,* que es una pregunta, no sobre el Derecho en general (*quid ius?*), sino sobre el Derecho en esta situación que hay que resolver aquí y ahora. Por eso, la finalidad de conocimiento prudencial es inmediatamente práctica, está orientada a una acción inmediata.

En este último sentido, el conocimiento prudencial se asemeja más a la *casuística*, al conocimiento que se basa en la resolución de casos prácticos. Pero el conocimiento prudencial se diferencia también del conocimiento casuístico. La casuística, aunque se refiera a casos reales que han acontecido y procura proporcionar una posible solución para resolver otros casos semejantes, no es un tipo de conocimiento que requiera tomar una decisión que termine en la acción, no opera inmediatamente sobre la realidad. Estudia el caso como un caso–tipo, como un caso ideal, cuya solución puede servir como modelo para resolver otros casos análogos que se puedan dar en la realidad. En esto es en lo que se diferencia de la *prudencia*, que, según ya dijimos, tiene por finalidad inmediata una operación sobre la realidad concreta, la cual requiere una resolución que será la propia de un caso que es único e irrepetible.

Por otra parte, volviendo de nuevo a las relaciones entre la ciencia y la prudencia jurídica, se trata de dos modos de conocimiento que, lejos de ser incompatibles, se necesitan mutuamente y han de ser *complementarios*. La ciencia se ha de ordenar a la prudencia jurídica, tratando de ayudarla a resolver los problemas concretos que se presentan en la realidad. En este sentido, el conocimiento jurídico, considerado globalmente, es a la vez ciencia y prudencia. Por encima de todo es jurisprudencia[31].

31. En la etapa clásica del derecho romano estuvo ya presente esta doble consideración del derecho como arte (arte de prudencia, diríamos nosotros ahora) y como ciencia. Así, Ulpiano, citando a Celso, afirmaba que ius est *ars boni et aequi* (*Digesto* 1.1, 1 pr.). Más adelante, también en el Digesto se habla de la *iusti atque injusti scientia* (*Digesto* 1, 1, 10, 2).

De acuerdo con este planteamiento de la jurisprudencia clásica, el derecho puede ser considerado como una ciencia que tiene por objeto lo justo y lo injusto, es decir, lo que es conforme a la justicia y lo que no lo es. Pero el derecho es considerado ante todo como un arte de prudencia, que trata de poner en práctica lo que es bueno y equitativo. En todo caso, aunque en esta época ya se diferenciaban los conceptos de ciencia y de arte –sobre todo en la filosofía griega– estaban muy próximos en lo que al derecho se refiere.

Por otra parte, también es interesante hacer notar que estas referencias a la justicia y a la injusticia, al bien y a la equidad, como objeto de la ciencia y del arte del derecho, se refieren a conceptos que tienen una indudable carga moral, y que sitúan también a la ciencia y al arte del derecho en

5.5. *La sabiduría jurídica*

Finalmente, el Derecho puede ser también objeto de un conocimiento que se puede considerar superior a la ciencia –si ésta se entiende solo como ciencia positiva–, aunque en realidad participa a la vez de la inteligencia y de la ciencia racional: *la sabiduría jurídica*. En sentido clásico, la sabiduría es aquel *hábito de la inteligencia o de la razón* que tiene por objeto las causas primeras y últimas de las cosas, aquellas que hacen de primeros principios y de últimos fines.

Por eso, la *sabiduría suprema* sería aquella que tiene por objeto el principio primero y el fin supremo de todo lo que existe; por tanto, aquella causa que es la primera y última de todas las cosas. Como esta causa suprema es Dios –*Ipsum Esse Subsistens*–, la sabiduría se refiere ante todo a Dios, como primer principio y último fin. Este sería el objeto primario de la sabiduría como hábito o virtud.

De un modo secundario, objeto de la sabiduría pueden ser también todos los demás seres y realidades, en cuanto que proceden de Dios o en cuanto que están ordenados a Dios, es decir, en cuanto que Dios es el primer principio y el último fin de todo lo que existe. En este sentido, la sabiduría se podría caracterizar incluso como un conocimiento que considera su objeto –todo lo que existe– desde esa razón formal de Dios[32].

Así se podría plantear también cuando se trata del Derecho o de la justicia. Se podría hablar, por tanto, de una sabiduría jurídica, que sería aquella que tuviese por objeto al Derecho desde el punto de vista de su relación con Dios, considerado como primer principio y último fin del orden jurídico e, incluso, como *Supremus Legislator et Iudex*[33].

En esta misma línea, por sabiduría jurídica se podría entender también la *filosofía jurídica*, en cuanto que se ocupa de los primeros principios y causas últi-

conexión con los ámbitos de la ética y de la moral. El derecho es considerado como lo justo y, a la vez, tiene la consideración de un bien, que se basa en la igualdad natural, en la equidad. En esa etapa clásica del derecho romano, el derecho y la moral ciertamente se distinguen, pero no están separados.

32. Este conocimiento, *ratione Deitatis*, vale sobre todo para el conocimiento teológico, basado en la Revelación divina y en la fe, pero no se olvide que existe también una teología natural o racional, que es también parte de la Filosofía. y cuyo objeto es precisamente Dios como *Ipsum Esse Subsistens*. A este último conocimiento nos referimos ahora cuando hablamos de la sabiduría.

33. Esta conexión entre Dios y el derecho, y también entre el derecho y la sabiduría, se encontraba ya presente en la jurisprudencia romana. Como afirma Alvaro d'Ors: «para Apuleyo (*de Platone* 2, 6, 228), la *sapientia* es la *disciplina divinarum humanarumque rerum*, y la *prudentia* es la *scientia intellegendorum bonorum et malorum*; la definición completa de la *jurisprudentia* es por adición a la de la Filosofía (que recoge s. Isidoro, *etym*. 2, 1, –cfr. 2,9–): *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientia* (D.1, 1, 10, 2); en el s. VIII, Alcuino aprovecha este texto para definir la «sabiduría»» (*epist*. 307: MGH. II, 466). A. D´ors, *Derecho Privado Romano*, cit., 48.

mas del Derecho. Por ser sabiduría y por ocuparse de las causas últimas podría juzgar de todos los demás conocimientos jurídicos, tanto de los que se refieren a los principios, como de los que se refieren a las conclusiones.

En este sentido, la sabiduría jurídica es un conocimiento que participaría tanto de la inteligencia como de la razón o de la ciencia, y proporcionaría a estos hábitos su última justificación. Se ocuparía de fundamentar y de justificar los primeros principios del Derecho, y, además, juzgaría también de las consecuencias más importantes contenidas virtualmente en ellos (empezando por los llamados principios secundarios, que son las conclusiones más próximas).

Por otra parte, en la medida en que tales principios y conclusiones coinciden con los del Derecho natural, esta sabiduría jurídica tiene también por objeto al Derecho natural. Lo que se llamó «ciencia del Derecho natural» (*iuris naturalis scientia*) surgió con la también así llamada «Escuela moderna del Derecho Natural» de los siglos XVII–XVIII, pero ya muchos siglos antes existía una teoría sobre el Derecho natural, como hemos visto en páginas anteriores, elaborada por juristas, filósofos y teólogos desde sus propias perspectivas.

En todo caso, la sabiduría jurídica requiere un método adecuado. En primer lugar, en cuanto que trata de elevarse incluso al Ser Supremo, como causa primera y última de la que participa toda realidad, y se plantea las relaciones entre Dios y el Derecho. En segundo lugar, en cuanto que requiere también un conocimiento del hombre y de la naturaleza humana, en el que se basan los primeros principios de la ley natural y del Derecho natural, y sus consecuencias fundamentales[34].

Este método ha de tener un fundamento filosófico, pues solo el método filosófico se plantea la pregunta sobre el ser (especialmente sobre el ser de Dios y sobre el ser del hombre) y puede trascender así los objetos de las ciencias experimentales. Si no fuera así, la ciencia jurídica no podría superar el positivismo jurídico, ese planteamiento de la cultura jurídica dominante que encierra a la ciencia jurídica dentro de los límites angostos de la experiencia jurídica meramente fenoménica.

En consecuencia, la sabiduría jurídica de la que hablamos se basa en la filosofía y en sus diversas partes, como pudieran ser la ontología jurídica –cuyo objeto sería el ser del derecho, el ente jurídico–, la gnoseología o teoría del co-

34. Este es el sentido profundo que habría que dar a esa definición clásica del Digesto: «*divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientia*» (*Digesto*, 1, 1, 10, 2). El conocimiento del derecho como ciencia de lo justo y de lo injusto ha de ir unido a un conocimiento sapiencial de las cosas divinas y humanas, de Dios y del hombre. La ciencia y la sabiduría jurídica se exigen mutuamente.

nocimiento jurídico –cuyo objeto sería el conocimiento del derecho en toda su amplitud e integridad para evitar que quede reducido a una ciencia positiva–, la teleología y la axiología jurídica –cuyo objeto serían los fines del derecho y su relación con los principios de la justicia–, etc. Estas podrían ser como las partes fundamentales de una *Filosofía del derecho* que aspirase a ser una verdadera sabiduría jurídica.

Finalmente, aunque no menos importante, es necesario que haya una *apertura mutua* entre los diversos grados o niveles del conocimiento jurídico a los que nos estamos refiriendo, es decir, una apertura entre ciencia y sabiduría, entre ciencia y jurisprudencia, y así sucesivamente. Tal apertura viene exigida por la unidad de la persona humana, que es el sujeto cognoscente único en el que convergen todos los tipos de conocimiento.

Esta sería la condición para que se pudiera llegar a un *conocimiento jurídico integral*, es decir, para que se pudieran conocer todas las realidades que han de ser objeto del conocimiento jurídico, y cuya vía de acceso quedaría limitada si la ciencia jurídica no lograse superar un conocimiento que se basase solo en métodos meramente empíricos o fenoménicos. Desde la sola ciencia positiva es muy difícil, por no decir imposible, superar el legalismo y el positivismo jurídico. Tampoco se podría superar un pragmatismo utilitarista que prescindiese de los fines del Derecho. Por eso, una auténtica sabiduría jurídica requiere la combinación armónica de todos los demás conocimientos jurídicos: inteligencia, ciencia y prudencia.

6. El Derecho natural y el Derecho positivo

6.1. *La persona humana, fundamento del Derecho*

Retomando cuestiones que ya nos hemos planteado más arriba, queremos recordar de nuevo que la realidad social a la que remite el Derecho es ante todo la realidad de la *persona humana*, puesto que la sociedad no es más que un orden de personas, y son las personas el fundamento de la sociedad. Por una parte, la persona humana tiene una naturaleza social, en la que se basa la existencia de la sociedad. Por otra parte, la convivencia social requiere un orden que tiene una dimensión jurídica (*ubi societas ibi ius*). Por tanto, la persona es también el fundamento más radical del Derecho. El Derecho se ha de basar en la naturaleza de la persona, en su dignidad y en los bienes humanos que le son inherentes.

En este sentido, podemos decir que la *persona humana* no solo es el centro, sino también el verdadero *fundamento de la justicia y del Derecho.* Como decían

también los clásicos, el hombre es la verdadera causa del Derecho (*hominum causa omne ius constitutum est*)[35].

Dando un paso más en la misma línea, también podríamos decir que la persona humana no solo tiene una naturaleza social, de la que deriva una esencial juridicidad, sino que consecuentemente tiene también una naturaleza jurídica, que es en la que se basa lo que llamamos *Derecho natural*. Los bienes humanos que son esenciales a la persona y que, en cuanto tales, son exigencias jurídicas intrínsecas de la naturaleza humana, estos bienes son los que llamamos también *derechos naturales del hombre,* con los que están conectados, al menos en parte, los que más recientemente se llaman *derechos humanos*.

Por otra parte, convendría aclarar aquí que, cuando hablamos de los «Derechos naturales del hombre», estamos utilizando el concepto de Derecho natural en sentido subjetivo, como empezó a ser más habitual a partir de la Edad Moderna. En cambio, cuando hablamos del Derecho natural como lo *justo natural*, como el justo medio de la justicia particular, entonces –como ya sabemos– lo estamos utilizando en sentido objetivo, como *res iusta*.

Este concepto objetivo del Derecho natural es también el más clásico en la antigüedad greco–romana y en la Edad Media cristiana. Se corresponde con el concepto de Derecho entendido como objeto de la justicia, que se puede referir tanto al Derecho natural como al Derecho positivo. Es el concepto de Derecho como *res iusta* o como ese justo medio real (*medium rei*, según la realidad) de la justicia particular que es conforme con la ley natural.

Por tanto, cuando hablamos de lo «justo natural» que se corresponde con la naturaleza de la persona y de la cosa (*natura rei*) en un caso concreto, es decir, cuando la cosa justa se basa en los principios de la justicia natural y de la ley natural, entonces lo justo se llama *Derecho natural*.

A su vez, junto a lo justo natural, se puede hablar también de lo «justo positivo». Cuando el Derecho como lo justo no se basa solamente en la ley natural sino también en la ley positiva, entonces se puede llamar propiamente *Derecho positivo*. Como podemos ver, en ambos casos se trata del Derecho como lo justo, pero de diferente manera y con diferente medida.

35. La expresión es de Hermogeniano, para justificar por qué la exposición del derecho ha de empezar por las personas (*Digesto*, 1, 5, 2). Por eso, esta prioridad de la persona se refleja también en las *Instituciones* de Gayo, cuando divide el derecho en tres partes: personas (libro 1), cosas (libros 2 y 3) y acciones (libro 4). Esta división ha tenido un notable influjo tanto en el orden expositivo del *ius civile*, como en el del *ius canonicum*.

6.2. *Los principios primarios y secundarios del Derecho natural*

Cuando más arriba hablamos de la ley natural y de su contenido jurídico[36], nos referimos ya a los *principios del Derecho natural*, basados en aquellos bienes jurídicos correspondientes a la naturaleza humana, que son inherentes a la dignidad del hombre. Como recordamos, estos principios se basan en las inclinaciones naturales del hombre, tal como son conocidas por la razón; entre ellas se encuentra la inclinación a la sociedad y a la vida social, que es en la que se basa la exigencia de la justicia y del Derecho natural: hay que dar a cada uno lo suyo y no hay que hacer daño a los demás. Los demás principios derivan de aquí, teniendo en cuenta los bienes que son propios de la dignidad humana y que son «lo suyo», el Derecho debido a cada persona: la vida, la libertad, la verdad, el matrimonio y la familia, la comunidad política, etc.

Estos principios se conocen, como ya sabemos, por la simple inclinación natural, por «connaturalidad», de modo inmediato y directo, sin necesidad de razonamiento. Se conocen por medio de esa intuición que permite a la inteligencia introducirse en la verdad de las cosas. Por eso se dice que son obra de la inteligencia más que de la razón, ya que esta última conoce mediante la comparación de unas cosas con otras. Pero se trata de una inteligencia que se basa en la experiencia, como cualquier otro conocimiento, pues ese conocimiento de los principios forma un hábito natural de la inteligencia, aunque no sea un conocimiento innato. Estos principios así conocidos son los que llamamos *primeros principios del Derecho natural.*

Pero, además de estos primeros principios, hay otros principios que se pueden conocer a través de la razón propiamente dicha, ahora ya mediante el razonamiento. Se trata de los llamados *principios secundarios*, extraídos por conclusión (*per modum conclusionis*) a partir de los primeros, que son los que actúan como premisas del razonamiento.

Así, del Derecho a la vida, a su conservación y desarrollo, surge la necesidad de alimentos, de vestido, de vivienda, etc. Del Derecho al matrimonio, como unión entre hombre y mujer en orden a la comunidad de vida entre los esposos y en orden a los hijos que de ahí provengan, surgen los derechos y deberes en relación con la fidelidad mutua y la exclusividad de esa unión, así como los derechos y deberes de los padres en orden a la procreación y educación de los hijos, etc.

Podríamos seguir diciendo lo mismo también acerca de los derechos y deberes relativos a la libertad y a sus diversos objetos: libertad religiosa y de con-

36. Véase apartado 4, d).

ciencia, libertad de pensamiento y de expresión, libertad de educación, libertad de reunión y de asociación, etc.

De modo semejante, así surgen también otros derechos y obligaciones que se consideran derivados de algunos anteriores, como los derechos a la propiedad privada, al trabajo, a la participación en la vida de la comunidad política, etc.

Estos *principios secundarios de Derecho natural* se pueden basar en razonamientos simples y sencillos, si se trata de conclusiones que están próximas a las premisas; o pueden ser necesarios razonamientos más complejos, que requieren más mediaciones y más elaboración racional, en la medida en que las conclusiones estén más alejadas de los primeros principios que hacen de premisas. En este último caso, será mayor la dificultad para llegar a conclusiones que puedan ser más compartidas por todos los miembros de una comunidad.

Como ya sabemos, para la perfección de este conocimiento de los principios se presupone también una recta inclinación de la inteligencia a la verdad y de la voluntad hacia lo que es bueno y justo. Es en esto en lo que consisten *la prudencia y la justicia* como virtudes. Los principios y sus consecuencias se conocen mejor por aquellos que son justos y prudentes. Lo cual significa la profunda conexión que en la práctica existe entre Derecho y moral.

Finalmente, en relación con los principios secundarios, cabe preguntarse dónde termina el Derecho natural y dónde comienza ya el llamado Derecho positivo. Una parte de la doctrina iusnaturalista, adoptando quizá una actitud minimalista, considera que solo los principios primarios pueden considerarse propiamente de Derecho natural. Otra parte de esa doctrina considera que también los principios secundarios son de Derecho natural, en la medida en que las conclusiones se pueden considerar implícitas en las premisas y participan de su misma fuerza de obligar[37].

6.3. *La unidad entre Derecho natural y positivo*

¿Cómo se plantea la teoría clásica del Derecho natural las relaciones entre Derecho natural y Derecho positivo? Como hemos visto más arriba, el Derecho natural se correspondería con lo justo natural o con la justicia natural, según la naturaleza de las personas y de las cosas en una determinada relación jurídica; el Derecho positivo se correspondería con lo que es justo teniendo en cuenta

37. Como afirma Tomás de Aquino, «todo lo que se sigue como conclusión de lo que es justo por naturaleza, es también justo por naturaleza». Tomás de Aquino, *In decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum Expositio*, V, lect. 12, n. 1023.

también las leyes positivas. De modo que las leyes positivas habrán de basarse en la ley natural para que puedan reconocerse como leyes justas. De manera semejante, también el Derecho positivo habrá de basarse en el Derecho natural para que pueda considerarse como *Derecho justo*. Por tanto, según la teoría clásica, Derecho natural y Derecho positivo serían como dos dimensiones o dos partes integrantes de la misma realidad jurídica.

Para la teoría clásica del derecho natural, el derecho natural no es suficiente para regular todas las relaciones jurídicas que pueden existir en la sociedad. Los principios del derecho natural tienen necesidad de ser completados por leyes y normas concretas que den respuesta a todas las circunstancias de la vida social. De ahí la necesidad de las leyes y demás normas jurídicas positivas, que son las que establecen las *determinaciones y concreciones* requeridas por esas circunstancias. Se forma así el ordenamiento jurídico como un entramado complejo de principios y de normas de diverso tipo, de relaciones jurídicas y de instituciones. Todo ello presupone, a la vez, que el derecho positivo deberá ser un derecho justo, y por tanto habrá de basarse en el derecho natural.

Por eso, se puede hablar de *unidad y* de *complementariedad entre el Derecho natural y el Derecho positivo*. Esta unidad se basa en una mutua implicación dentro del ordenamiento jurídico, la cual le da a éste una estructura orgánica. El Derecho natural y el Derecho positivo serían como dos partes distintas del orden jurídico, pero no dos partes separadas, sino unidas dentro de un mismo *corpus iuris*[38]. La realidad jurídica tendría entonces esas *dos dimensiones* que serían necesarias para que se diera una plena juridicidad en las relaciones sociales: lo justo natural y lo justo positivo. Estas dos dimensiones de la experiencia jurídica se requerirían para la integridad del Derecho.

Por otra parte, esa unidad orgánica es también la base de la *mutua armonía* que debe existir entre Derecho natural y Derecho positivo, en la que cada parte

38. Este planteamiento se encontraba ya en la jurisprudencia romana clásica. Así, por ejemplo, Gayo se refiere al derecho civil y al derecho de gentes como dos partes de un mismo orden jurídico. Según Gayo «todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres se valen, en parte de su propio derecho (*partim suo proprio*), en parte del derecho que es común a todos los hombres (*partim communi omnium hominum ius utuntur*). A ese derecho propio de cada pueblo lo llama derecho civil (*ius civile*), mientras que al derecho que usan todos los hombres lo llama *ius gentium*».

Pero hay que tener en cuenta que para Gayo el *ius civile* es el derecho propio de cada ciudad (*quasi ius proprium ipsius civitatis*) y que el *ius gentium* es el derecho que «la razón natural constituye para todos los hombres» (*quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit*), Es decir, lo que Gayo llama *ius gentium* es el derecho natural. El derecho civil y el derecho natural son, por tanto, dos partes de un mismo ordenamiento jurídico.

Esto mismo lo refiere también al pueblo romano, cuando afirma que «el pueblo romano se sirve, en parte de su propio derecho (*partim suo proprio*) y en parte del que es común a todos los hombres (*partim communi omnium hominum*)». Gayo, *Institutiones*, I, 1.

ha de desempeñar la función que le corresponde en virtud de su distinta naturaleza. En este sentido, el Derecho natural hace de fundamento y el Derecho positivo habrá de construirse sobre él. De ahí las *funciones* que desempeñan los principios del Derecho natural respecto al Derecho positivo: son principios inspiradores, son principios de interpretación, son principios supletorios y son los límites dentro de los cuales ha de moverse el Derecho positivo. Esto significa también que, en caso de conflicto entre el Derecho natural y el positivo, habría que dar *prevalencia al Derecho natural*[39].

Finalmente, podríamos hablar también del papel de la *equidad* a la hora de aplicar las leyes positivas en las circunstancias concretas. Dada la generalidad de las leyes promulgadas por el legislador de una comunidad, a veces la determinación de lo justo, mediante la aplicación estricta de una ley positiva a unas circunstancias que no habían sido previstas exactamente por el legislador, podría producir una injusticia notoria (*summum ius, summa injuria*)[40].

La equidad es el modo de corregir esa injusticia, acudiendo en ese caso a la justicia natural, es decir a los principios de la ley natural y del Derecho natural. La equidad es una virtud general, pero sobre todo es muy propia de los jueces, por ser éstos los órganos encargados de la interpretación y aplicación del Derecho en los casos concretos. En la larga etapa de vigencia del Derecho romano, la equidad desempeñó un papel muy importante para corregir el rigor y la dureza que a veces tenía la *lex*, permitiendo el recurso al Derecho natural como *naturalis ratio*[41].

7. La teoría clásica del Derecho natural y el positivismo jurídico

7.1. *La teoría del Derecho natural*

Los principios sobre el Derecho y la justicia que hemos tratado de exponer brevemente en las páginas anteriores forman parte de lo que podríamos llamar la *teoría clásica del Derecho natural*. Esta teoría se ha desarrollado a lo largo de

39. Así pensaban también los juristas romanos; podemos citar de nuevo a Gayo, que contrapone la *civilis ratio*, en la que se basa el derecho civil, y la *naturalis ratio*, en la que se basa el derecho natural. En caso de conflicto, prevalece el derecho natural, que no puede ser derogado por el civil: «la razón civil –la ley o norma civil– puede derogar los derechos civiles, pero no los derechos naturales (*civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest*)». Gayo, *Institutiones*, I, 158.

40. Se trata de una expresión clásica. Se puede encontrar, entre otros, en Cicerón, *De officiis*, 1, 10, 33.

41. Como ya hemos visto en citas anteriores de Gayo, en la jurisprudencia romana las expresiones *ius naturale, naturalis ratio* o *aequitas naturalis* se usan con un significado equivalente.

muchos siglos de elaboración doctrinal. Se puede decir que es el fruto de una amalgama de pensamiento que comenzó con la filosofía griega, que siguió con el Derecho romano, y que fue llevado a su culminación por la teología cristiana.

Dentro de la filosofía griega, habría que destacar las aportaciones de Platón y de Aristóteles, así como las de la Escuela estoica. De hecho, esa doctrina clásica del Derecho se configuró muy decisivamente como consecuencia del feliz encuentro entre la filosofía estoica y la jurisprudencia romana clásica de los siglos II–III de nuestra Era.

Esa elaboración continuó a lo largo de la Edad Media europea, a través de las glosas y comentarios de los grandes juristas –civilistas y canonistas– del Derecho común europeo a algunos textos del *corpus iuris civilis*, o a algunos textos del Decreto de Graciano y de las Decretales que se incorporaron después al *corpus iuris canonici*.

Respecto a las aportaciones de la teología cristiana, habría que mencionar en primer lugar a la Patrística, y después a la Escolástica medieval, en la que destaca la figura de Tomás de Aquino. Esta elaboración continuó después con la llamada Escuela española del Derecho natural y de gentes, en los siglos XVI–XVII –Vitoria, Soto, Suárez, etc.–, con sus grandes tratados de *iustitia et iure* y de *legibus*. Finalmente, ha continuado en época más reciente, especialmente con el renacimiento «neotomista» que tuvo lugar a finales del siglo XIX y a lo largo del siglo XX[42].

7.2. *La teoría positivista del Derecho*

A pesar de esta teoría clásica del derecho natural a la que nos estamos refiriendo, no podemos desconocer, sin embargo, que hay un planteamiento «más moderno» del derecho, en el que predomina un *concepto legalista o normativista del derecho y de la justicia*. Para este planteamiento, el derecho y la justicia tienden a confundirse con las leyes y las normas positivas, y éstas se atribuyen sobre todo a un acto de voluntad. La validez y eficacia de las normas legales dependerá de las condiciones que establezca un determinado ordenamiento jurídico. Por eso lo importante es que ese acto de voluntad esté de acuerdo con los procedimientos formales establecidos por ese ordenamiento y que tenga la suficiente fuerza coactiva para que esas normas se cumplan y puedan tener eficacia. En cambio, la cuestión de si el contenido de esas normas es justo o injusto se considera más

42. Puede verse J. Hervada, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona 1987. ID. *Síntesis de Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona 2006.

bien como una cuestión meta-jurídica, de carácter moral, y suele ser relegada al ámbito de la conciencia. Por tanto, para el positivismo jurídico el derecho tiende a identificarse con el *derecho positivo legal.* El derecho natural y la justicia natural, de los que hablaba la doctrina clásica del derecho, han desaparecido del horizonte jurídico positivista.

Este planteamiento positivista del derecho es también fruto de un largo proceso que comenzó a gestarse en la Baja Edad Media, sobre todo a partir del nominalismo y del voluntarismo jurídico iniciado –entre otros– por Guillermo de Ockam. Continuó después en la Edad Moderna con el empirismo de algunos pensadores ingleses, como Thomas Hobbes, y con el racionalismo de la llamada Escuela Moderna del derecho natural de los siglos XVII y XVIII (Grocio, Pufendorf, Thomasio). Se puede considerar decisiva la filosofía crítica de Kant, que propició un planteamiento idealista del derecho (basado en las formas *a priori* del conocimiento), continuado después por los diversos neokantismos de carácter formalista.

Así se llegó a la filosofía jurídica positivista de los siglos XIX y XX, que rechaza la metafísica y no admite más conocimiento que el que se basa en el método utilizado por las «ciencias experimentales», cuyo objeto queda reducido al estudio de los fenómenos empíricos, dentro de las cuales incluye a las ciencias sociales y a la ciencia jurídica. Un buen exponente del positivismo jurídico del siglo XX puede considerarse la llamada «teoría pura del Derecho» de Hans Kelsen, que rechazando explícitamente el Derecho natural, reduce el Derecho y la justicia a un sistema de normas[43].

Así pues, para el positivismo jurídico legalista o normativista, con todos los matices que sería necesario hacer según sus diversas modalidades, el Derecho y la justicia quedan reducidos esencialmente a un sistema de normas, cuya validez dependerá sobre todo de sí han sido aprobadas según los procedimientos formales establecidos por el ordenamiento jurídico. El positivismo jurídico de carácter sociológico añadiría que esta validez formal de las normas ha de estar unida a su eficacia social, es decir, habrán de cumplirse efectivamente para que pueda hablarse de un Derecho vigente. Por eso, es importante también que el ordenamiento jurídico esté basado, a su vez, sobre un poder coactivo dotado de soberanía, que actualmente suele coincidir –con todas las excepciones que se quieran hacer para dejar espacio también al Derecho internacional– con el

43. La obra en la que expone su *Reine Rechtslehre* fue publicada en 1934 y una segunda edición en 1960. La traducción castellana a la segunda edición: H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, México D. F. 1991.

La última elaboración de su teoría la hizo en una obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen*, que fue publicada en 1979. Existe también traducción al castellano: H. Kelsen, *Teoría general de las normas*, México D. F. 1994.

poder del Estado. Este poder coactivo es el que garantizaría en último término la eficacia de las normas jurídicas.

Desgraciadamente, este es el planteamiento más generalizado dentro de la cultura jurídica actual, que parece haber olvidado muy pronto los excesos a los que condujeron los regímenes totalitarios de la Europa del siglo XX y sus consiguientes atrocidades, que desencadenaron también la guerra mundial. Para la cultura jurídica dominante, el Derecho viene a identificarse prácticamente con el Derecho positivo, concebido sobre todo como Derecho legal, y éste, a su vez, se identifica con el *Derecho del Estado*, pues el Estado es quien ejerce principalmente la soberanía.

7.3. *La crítica al positivismo jurídico*

Pero, como ya hemos dicho anteriormente, las leyes no pueden reducirse esencialmente a los actos de una voluntad con potestad coactiva, aunque se tratase de una voluntad soberana; ni tampoco basta que las leyes sean válidas formalmente y estén dotadas de eficacia social para que puedan obligar a su cumplimiento; las leyes han de ser también justas, es decir, han de ser conformes con la justicia.

Por tanto, es necesario confrontar el Derecho que estuviera basado solamente en las normas legales, con el Derecho y la justicia en el sentido objetivo que hemos considerado. Cuando el Derecho positivo no fuese conforme con el Derecho natural o con la justicia natural, la doctrina clásica del Derecho natural consideraba que ese Derecho no era justo y, por tanto, no podía ser un Derecho sustancialmente válido, que fuese aplicable al caso, sino que debía prevalecer el Derecho natural y la justicia natural.

Por eso, nada tiene de extraño que también dentro del positivismo jurídico hayan surgido actitudes críticas, que han llevado a replantearse determinadas cuestiones o conclusiones científicas. Así ocurrió en relación con la teoría pura del Derecho de Kelsen, que ha sido objeto de duros análisis críticos por parte de muchos otros autores, algunos de los cuales no han dejado de ser positivistas. Entre estos últimos habría que citar, por ejemplo, al británico Herber L. A. Hart[44] o al italiano Norberto Bobbio[45].

44. La que puede considerarse quizá como su obra principal fue publicada en 1961, aunque a esta siguió una reelaboración posterior que no llegó a terminar. Existe traducción castellana: H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, Buenos Aires ^{2}1994.

45. Sus principales obras de teoría del derecho fueron escritas en la década de los cincuenta y comienzos de los sesenta. Hay una traducción castellana: N. Bobbio, *Teoría general del Derecho*, Ma-

Sin embargo, aunque se puedan criticar determinados planteamientos del positivismo jurídico desde el propio positivismo, como de hecho ha ocurrido, también parece difícil superar el planteamiento positivista si se sigue utilizando esencialmente un método positivista. Más bien parece que no será fácil salir del positivismo si no se abandona el *método científico–positivista*.

Finalmente, una parte de la teoría jurídica actual intenta hallar una respuesta al positivismo jurídico desde posiciones que se suelen calificar de «objetivistas». Se busca un fundamento para el Derecho que no sea solo la ley positiva, sino que se base también en estructuras objetivas, ya sean de carácter lógico, ontológico, axiológico, etc. De ahí que todo ese conglomerado de ideas y de doctrinas sea calificado de *«objetivismo jurídico»*.

Si nos situamos dentro de este último planteamiento, podríamos distinguir a su vez diferentes posiciones, según sean las ideas en las que se sustente. Algunas de ellas podrían conectar de diversos modos con la doctrina del Derecho natural o con el iusnaturalismo, de tal manera que algunos de sus representantes podrían ser considerados o han sido considerados de hecho como iusnaturalistas. Efectivamente, pueden darse coincidencias entre cierto objetivismo jurídico y cierto iusnaturalismo.

7.4. *Iusnaturalismo clásico y realismo jurídico*

Dentro del iusnaturalismo, hay una teoría clásica del Derecho natural, un «iusnaturalismo clásico», que tiene un contexto histórico y unos perfiles doctrinales característicos, que podríamos decir que coinciden sustancialmente con lo que hemos llamado «realismo jurídico» [46]. El contenido de esta doctrina del Derecho natural se podría describir de un modo muy variado y con mayor o menor amplitud, pero se basa en una serie de principios que la caracterizan y que son los que hemos tratado de tener en cuenta especialmente en estas páginas. Por eso, la teoría clásica del Derecho natural no se puede considerar como una corriente más del objetivismo jurídico, sino que es más bien el *contexto histórico* que lo precede y, por tanto, un *punto de referencia* ineludible para no intentar construir la alternativa al positivismo sobre el vacío.

Esos principios que la caracterizan la dotan también de unos rasgos comunes y de una cierta *unidad*. En mi opinión tal unidad se basa en la estrecha rela-

drid 1991. Sobre la cuestión del positivismo jurídico, N. Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, México 1991.

46. Este «realismo jurídico clásico» habría que distinguirlo de otras formas de «realismo jurídico», como del llamado realismo jurídico americano (Holmes, Llewellyn, Frank) o del realismo jurídico escandinavo (Olivecrona, Ross), que son más bien diferentes formas de empirismo jurídico.

ción que existe entre las nociones fundamentales que hemos procurado tener en cuenta en este estudio: las nociones de *Derecho* y de *justicia*, así como las de *ley* y de *prudencia*, en las que se basa una buena parte de esa teoría. Se trata de nociones correlativas y convergentes, complementarias entre sí. Todas ellas confluyen a su vez en la noción de *orden*, que es también clave para entender esa unidad y mutua implicación.

A modo de resumen de todo lo ya dicho, esa correlación consiste en que la *justicia* es el orden objetivo que hay que realizar en la sociedad, cuyo fundamento es la dignidad de la persona humana; es también una virtud que reside en la voluntad, cuyo objeto es el derecho, considerado como el justo medio de ese orden de la justicia que es la meta a conseguir. La *ley* es la regla de ese orden de la justicia y del derecho, en cuanto que ese orden es conocido y es regulado por la razón. La *prudencia* es también una virtud, pero se diferencia de la justicia en que reside en la razón y tiene por objeto la elección de los medios en orden al fin; en el caso de la prudencia jurídica, su objeto es eligir ese justo medio que es también el objeto de la justicia, al que llamamos derecho. Finalmente, el *derecho* es a su vez ese justo medio de la prudencia y de la justicia, y se hablará de derecho natural o de derecho positivo, según esté medido y regulado por la ley natural o por la ley positiva.

Además de esa unidad, otro rasgo que se podría mencionar es que la teoría clásica del Derecho natural no es la creación artificial de algún autor o de alguna escuela filosófica o jurídica. En su elaboración han intervenido algunos de los grandes representantes del pensamiento filosófico y jurídico de la Antigüedad, de la Edad Media y de la Edad Moderna hasta la actualidad. Por eso, es más bien el *patrimonio común* de diferentes autores o escuelas del pensamiento filosófico o jurídico, aunque también sea verdad que algunos grandes autores han hecho aportaciones que han podido ser decisivas para su configuración.

Se podría decir, entonces, que esa teoría es como una *planta con raíces profundas*, que ha ido creciendo paulatinamente de un modo natural, a la sombra de esos diversos autores o escuelas. No solo ha sido plantada sobre fundamentos sólidos sino que ha sido también cultivada sin descanso, de manera que ha podido superar las inclemencias del tiempo o del ambiente, a veces hostil, en el que crecía. En todo caso, está muy lejos de ser una planta de invernadero.

Por eso, se la podría considerar también como un *cuerpo de doctrina* que, habiendo surgido de forma espontánea a partir de las mejores cabezas de la antigüedad clásica, ha ido creciendo de un modo homogéneo mediante la gran aportación que supuso el pensamiento cristiano, a semejanza de como lo hace un organismo o un cuerpo vivo. Así ha ido madurando y enriqueciéndose con

diferentes influencias, a la vez que sigue estando abierta a integrar nuevas aportaciones que puedan contribuir a una siempre necesaria actualización y perfeccionamiento. Esa capacidad integradora manifiesta también la fortaleza, solidez y unidad de la que hablábamos.

Podría plantearse, finalmente, qué valor habría de concederse a esta doctrina. La respuesta sería obvia: la doctrina enseñada por esta teoría vale en la medida en que sus razones y conclusiones sean verdaderas, es decir, en la medida en que respondan a la realidad de las cosas. Solo en este sentido se la ha podido calificar o se la podría calificar también ahora de *realismo jurídico*. La teoría clásica del Derecho natural vale tanto cuanto valga su adecuación a la verdad y a la realidad del Derecho y de la justicia. Por eso, se hace necesario repensarla continuamente, generación tras generación, y no hay que limitarse a recibirla pasivamente, como un legado de la tradición jurídica y filosófica.

8. Conclusión: el sentido natural de la justicia

Para terminar estas páginas quisiera subrayar otro aspecto: es necesario cultivar ese sentido natural de la justicia que está en la base del Derecho natural, y que está grabado profundamente en el corazón humano. Este sentido de la justicia es el que nos impulsa a buscar continuamente la verdad acerca del Derecho. La búsqueda de la verdad sobre la justicia debería ser la tarea de todo conocimiento jurídico que no sea conformista con la mera legalidad positiva, y que se atreva a plantearse la cuestión a cerca de lo justo. Debería ser, por tanto, la tarea de la ciencia jurídica y de la filosofía del Derecho, pero también la tarea de la prudencia jurídica, de la jurisprudencia. Debería ser la tarea de los juristas en su quehacer diario, y también la tarea de los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional, al investigar la justicia del caso concreto.

La búsqueda de la verdad sobre la justicia y el Derecho ha de tener como objetivo que cada uno tenga lo suyo, lo que le pertenece por su dignidad de persona y de sujeto de Derecho. Por eso, la verdad sobre la justicia y el Derecho solo podrá encontrarse a partir de un conocimiento profundo de la *naturaleza humana*, por ser la realidad sobre la que se fundamenta.

Nos hemos referido más arriba a la estrecha unidad que ha de existir entre las virtudes de la justicia y de la prudencia para que se pueda llegar, no solo al conocimiento de la verdad jurídica, sino también a esa voluntad de resolver los casos concretos conforme a ella. El jurista es esencialmente «jurisprudente», lo cual significa que ha de ser justo y prudente a la vez: mediante el hábito intelectual de la prudencia se puede conocer la verdad sobre la justicia y el Derecho,

mediante el hábito volitivo de la justicia se tiene esa voluntad de dar a cada uno lo suyo, que resulta imprescindible para la realización de lo justo.

Por consiguiente, *la justicia y la prudencia* han de ser las virtudes fundamentales de un jurista, lo cual es especialmente importante en el caso de los jueces, que son los jurisprudentes por antonomasia, en cuanto encargados de la tarea de interpretar el Derecho aquí y ahora, de la que depende a su vez la jurisprudencia y la doctrina jurisprudencial.

Por eso, la verdad sobre la justicia y el Derecho no puede basarse solo en los textos legales, aunque estén formalmente establecidos de acuerdo con los procedimientos jurídicos correspondientes y estén dotados de eficacia social. Será necesario sin duda tenerlos presente, y conocer esa legalidad y eficacia que requiere el Derecho, pero habrá que valorar también su adecuación a la justicia. Por eso también la *verdad jurídica* habrá que buscarla e investigarla con honestidad, poniendo en juego todos los recursos que están a disposición de un conocimiento integral del Derecho, y con un método jurídico adecuado.

Sin duda es una tarea que tendrá que ir acompañada de esfuerzo, pues no estará exenta de dificultades, como puedan ser las que procedan de la propia comodidad o de intereses partidistas. Así mismo habrá que saber enfrentarse a los prejuicios de la cultura dominante y a las presiones de lo que se considera políticamente correcto. Si no fuera así, los juristas nos convertiríamos en meros legistas, conocedores quizá de las leyes, pero no del Derecho y de la justicia, que son el verdadero objeto de la ciencia jurídica y de la jurisprudencia.

Por tanto, los juristas necesitamos algo más que un mero conocimiento de las normas jurídicas y de los textos legales. Nos hace falta algo que no se aprende solamente en los libros o en las colecciones de leyes: cultivar ese *sentido natural de la justicia* que deberá transformarse en un *hábito*, hasta llegar a ser esa «constante y permanente voluntad de dar a cada uno lo suyo», en la que consiste la *virtud de la justicia* desde la antigüedad clásica. Solo este deseo de ser justos podrá evitar que nos convirtamos en los instrumentos o en los cómplices de esa dictadura del positivismo que domina la cultura jurídica actual.

PARTE I

TEOLOGÍA, ECLESIOLOGÍA Y DERECHO CANÓNICO

1

¿UN NUEVO DERECHO CANÓNICO? EL JUICIO DE LA NUEVA CANONÍSTICA*

ENCUESTA

Si en cierta medida las tendencias antijurídicas actuales quieren poner en tela de juicio la continuidad de la ciencia canónica, nos parece que la contestación más oportuna debe provenir de aquel sector de la Canonística más abierto, en principio, al futuro, a saber, de la nueva generación de canonistas. En consecuencias, hemos creído de interés prepara una encuesta, dirigida a la nueva Canonística, sobre alguna de las cuestiones más debatidas en el actual momento del Derecho Canónico.

Las preguntas de esta encuesta giran en torno a:

- *si los estudios Canónicos poseen suficiente atractivo para la especial sensibilidad crítica de las nuevas generaciones;*
- *la llamada «contestación» antijurídica;*
- *los nuevos modos de entender el problema de fondo de la Iglesia y de su Derecho;*
- *la enseñanza del Derecho Canónico en las Facultades civiles y eclesiásticas;*
- *la reforma de las estructuras y de la legislación vigente.*

Esta encuesta, que se inició a principios de mayo de 1970, fue enviada a diversos núcleos Canónicos de Alemania, Austria, Brasil, España, Estados Unidos, Francia, Holanda e Italia. En la difusión de la misma nos complace agradecer la amable colaboración prestada por los Profesores A. Bernárdez, O. Giacchi, P. Huizing, S. Kuttner y K. Moersdorf. No sería justo pasar por alto que las respuestas recibidas provienen de los países de mayor tradición canónica: Alemania, España e Italia. Y, al mismo tiempo, quizá alguien encuentre significativo que de los países donde las corrientes más radicalizadas han encontrado mayor eco no han llegado respuestas, a lo peor porque (como expresamente nos ha sido manifestado en algún caso) no hay una nueva Canonística.

(*). Publicado en «Ius Canonicum» XI (21), 1971, 201-202; 259-264.

Al margen de la indudable calidad de las aportaciones de los autores encuestados, es innecesario advertir que el valor de conjunto de la encuesta es meramente indiciario en lo que respecta a las orientaciones de la nueva Canonística. Este indicio, sin embargo, es en el momento presente un elemento informativo único por su falta de precedentes, para quien desee entrever la futura mentalidad canónica.

De la lectura de las respuestas, cada lector ha de sacar sus propias conclusiones. Pero no creemos sustituir ni influenciar esa labor del lector poniendo de relieve ciertas constantes del conjunto de las respuestas, que pueden resultar significativas, alentadoras y aleccionadores. Redactadas muy sintéticamente, esas constantes son:

- ❑ *renovación y modernidad del lenguaje,*
- ❑ *acusada sensibilidad eclesiológica,*
- ❑ *estricta mentalidad de juristas,*
- ❑ *confianza en la misión científica del canonista,*
- ❑ *rigor técnico en la crítica de las estructuras y legislación actuales.*

El lector atento observará, sin duda, que en la gran mayoría de las respuestas alienta el deseo de hallar nuevas soluciones que atemperen manifiestos defectos de la normativa actual, una de cuyas muestras, por no citar otras de igual valor, lo constituye el hecho de señalar la necesidad de un órgano judicial que resuelva los problemas de Constitucionalidad, que a toda la actividad jurídica de la Iglesia –especialmente de la jerarquía– planteará la futura Ley Fundamental. Por último, en lo tocante a los problemas de fondo, quizá pueda señalarse que –salvo contadas excepciones– la nueva Canonística no acaba de encontrar los argumentos para superar la explicación normativista del Derecho de la Iglesia, desarraigando la visión del fenómeno jurídico–Canónico como producto de la potestad eclesiástica.

Preguntas

1. Estamos asistiendo a la consolidación de una mentalidad, entre las nuevas generaciones, que identifica la juventud con la capacidad crítica. Precisamente hoy la Iglesia atraviesa una coyuntura en la que su Derecho es objeto de una «contestación» múltiple, cuyo denominador común se centra en la antinomia *libertas–lex* (Espíritu–Derecho). ¿Piensa Usted Que la investigación del fenómeno jurídico de la Iglesia pone de relieve en el Derecho Canónico suficientes virtualidades como para satisfacer y potenciar la acelerada sensibilidad crítica de las nuevas generaciones?

2. Evidentemente, las virtualidades críticas de la investigación canónica dependen en gran parte de la concepción que se tenga del fenómeno jurídico de la Iglesia, de su relación con la justicia y con la libertad de los fieles. ¿Qué

es, para Usted, el fenómeno jurídico de la Iglesia? ¿Qué conexiones establece Usted entre Derecho Canónico y justicia de Cristo? ¿Cuál es la función eclesial del canonista?

3. Sin duda Usted habrá advertido que la actual «contestación jurídico–canónica», al margen de sus lagunas de formación o información jurídicas, somete en cierto modo a tensión no sólo las concepciones tradicionales sobre el Derecho Canónico, sino también la propia metodología jurídica, desde el instante en que la crítica canónica se ejerce con postulados eclesiológicos y se pide un Derecho Canónico «menos jurídico» y más pastoral y evangélico. También es notorio que una respuesta a estas cuestiones, en tanto pretenda ser rigurosa, debe abandonar los moldes de una «divulgación de altura» y discurrir por un léxico y un método más científicos. Pues bien, ¿qué es un canonista, como científico, un teólogo o un jurista? ¿Cuál es su opinión sobre las actuales corrientes metodológicas en la ciencia canónica?

4. No es necesario recordar la extraordinaria importancia histórica del Derecho Canónico en la formación de la cultura jurídica occidental. Teniendo presentes estas aportaciones, ¿cuáles son las posibilidades universitarias –Facultades de Derecho Canónico y Facultades de Derecho– del estudio y enseñanza del Derecho Canónico?

5. En relación con la pregunta anterior, ¿cuál debería ser a su entender el enfoque de la enseñanza del Derecho Canónico en las Facultades de Derecho?

6. Después del inevitable cansancio provocado por la crítica «amateur», quizá es hora de pedir al canonista que, como científico, señale los defectos principales, técnicos o doctrinales, que puede advertir en las actuales estructuras eclesiásticas y en la praxis curial. ¿Cuál es su opinión sobre este punto?

7. En cuanto al tema del Vaticano II y la nueva codificación canónica que viene siendo elaborada en estos momentos por la «*Pontificia Commissio Iuris Canonici Recognoscendo*», ¿puede Usted decirnos si la actual ciencia canónica posee el conjunto doctrinal y el aparato técnico–instrumental idóneos para obtener una congruente formalización de las exigencias conciliares? ¿Los frutos de la nueva codificación representarán una etapa legislativa llamada a tener larga vida o de mera transición? ¿Está en cuestión, desde su punto de vista, la idea misma de codificación?

8. ¿Qué piensa Usted de la idea de una Ley Fundamental o constitución formal de la Iglesia?

Responde Eduardo Molano

Profesor Adjunto de Derecho Canónico. Universidad de Navarra.

1. Pienso que las mejores manifestaciones de esa sensibilidad crítica de las nuevas generaciones giran en torno a dos temas nucleares: un deseo cada vez más vivo de autenticidad personal, de sinceridad de vida, que se rebela contra todo lo postizo y contra las formas hipócritas de la existencia, y un fuerte afán por reformar las estructuras caducas o injustas que no respondan al ideal de vida social que la juventud aspira a construir: una sociedad más justa y más libre que la actual, donde cada hombre pueda realizarse plenamente como persona y en la que los obstáculos a esa posibilidad de desenvolvimiento personal hayan sido eliminados. Se trata, por tanto, de unos ideales en los que se busca una coherencia entre la dimensión personal –mediante una autenticidad de vida– y la dimensión comunitaria –la libertad y la justicia en las relaciones sociales–. No creo que se pueda negar que, al menos entre los mejores, estas son unas aspiraciones que se sienten intensamente y que explican muchas formas y estilos de comportamiento que resultan muy molestos para quienes no hayan conectado con esa actitud.

Pues bien, creo que la situación actual de la Iglesia ofrece un horizonte extraordinario para la acción de esta juventud. En la Iglesia se siente profundamente un gran deseo de autenticidad, de fidelidad a sí misma, de realización puntual del mensaje cristiano en la vida entera de los que forman el Pueblo de Dios. Esto lleva a acudir a las fuentes, al evangelio y a la vida de la Iglesia primitiva, para comparar con las estructuras de ahora y ver hasta qué punto algunas de ellas no podrían ser más adecuadas para el cumplimiento de la misión de la Iglesia. En ello ha podido influir mucho el reciente Concilio Vaticano II.

En este contexto se sitúa también la reforma del Derecho Canónico. Para una juventud inconformista ninguna ocasión más propicia para ejercitar su deseo de autenticidad y su espíritu crítico. Si en esta juventud ha prendido bien la necesidad de una coherencia entre la vida personal y la vida social y que el requisito para exigir reformas de estructura social comienza por una exigencia de autenticidad y sinceridad en la propia vida –con el posible efecto de «reforma personal» que eso puede traer consigo–, me parece que efectivamente la reforma del Derecho de la Iglesia le brinda un campo que puede satisfacer con creces su sensibilidad crítica. La condición será pensar que la Iglesia es una Institución y que ha sido fundada por Cristo con una determinada estructura y que todo el esfuerzo crítico deberá basarse, para que sea fecundo, en una búsqueda sincera, atenta al Magisterio, de la coherencia entre la Voluntad Fundacional de Cristo

y las estructuras jurídicas de la Iglesia. No se trata de establecer *ex novo* una sociedad a gusto del consumidor o que sea el resultado de un recuento de votos entre los socios.

Para acabar con esta cuestión, yo no veo por qué ha de existir contradicción alguna entre la libertad y el Derecho. Esta antinomia puede surgir cuando se tiene una visión totalitaria de la vida social y se piensa que el Derecho es un instrumento en manos del dictador. Cuando se piensa que la vida social organizada alcanza su último sentido en la promoción de la dignidad y libertad de las personas y que el poder se justifica también como un servicio a las personas, el Derecho es el necesario instrumento para que esto no sea una utopía y se corten todos los conatos de despotismo y arbitrariedad.

2. Si es cierto lo que acabo de decir (que en parte contesta ya a algunas de las cuestiones planteadas ahora), pienso que la misión del canonista es muy parecida a la que el jurista, en general, tiene en la sociedad civil: ser el guardián de la justicia en la vida social; el canonista lo será de esa justicia de Cristo en la vida de la Iglesia, de la que se habla; tendrá que velar para que las relaciones sociales dentro de la Iglesia se realicen conforme a Derecho y que la desigualdad funcional que existe en la Iglesia no haga olvidar la igualdad fundamental de todos los fieles, con relación también al ordenamiento jurídico. En este sentido, me parece un aspecto importante de esa función el de sensibilizar la opinión en la Iglesia para que todos sean conscientes de que la justicia es necesaria también en ella y que no está reñida con la caridad, ni con la actividad apostólica, en general, de Pastores y de fieles. Por lo mismo, también me parece que formaría parte de esta función el saber detectar posibles injusticias y denunciarlas con valentía, observando el estilo que una prudencia respetuosa con las personas eclesiásticas y sus intenciones le aconseje.

Por otra parte, me parece que tampoco se deben desorbitar las cosas y que la mentalidad profesional con que el canonista debe afrontar su función no le puede llevar a pensar que lo más importante en la Iglesia es el Derecho y que a ello se debe subordinar todo lo demás. Es evidente que hay otras realidades –las sacramentales, por ejemplo– a las que el Derecho debe servir y respecto de las cuales ocupa una función necesaria pero secundaria. El Derecho debe ocupar el papel que le corresponde, como instrumento de una ordenación social justa, y no debe pretender reglamentarlo todo, sin tener en cuenta los valores a los que debe servir.

3. El hecho de que el canonista haya de tener presente la naturaleza de las realidades sacramentales y sobrenaturales de la Iglesia que están en la base de su elaboración jurídica, no le debe hacer olvidar que los recursos científico–téc-

nicos de los que el Derecho dispone son de pura elaboración humana y que no pueden ser conocidos y utilizados si no se conoce la ciencia y la técnica jurídica. Me parece, por tanto, evidente que el canonista, como científico, es un jurista y no un teólogo. Otra cosa es que tenga una buena formación teológica y que éste sea un requisito *sine qua non* para que su propio quehacer científico y técnico como jurista resulte adecuado a la realidad sobre la que debe actuar como tal. En este sentido, creo que es interesante que posea un profundo sentido de la Iglesia y una pasión fuerte por conocer todas las manifestaciones de la vida eclesial, para que su elaboración jurídica sea realista, flexible y viva.

Con el riesgo de que una opinión global sobre las actuales corrientes metodológicas de la ciencia canónica sea injusta, porque requeriría muchas matizaciones y salvedades, se nota que, en general, todavía no se han sabido integrar plenamente los resultados de un método jurídico riguroso y técnico, como se da ya en la moderna Ciencia del Derecho, con una buena formación teológica que impida, por una parte, insistir demasiado en las peculiaridades del Derecho Canónico como consecuencia de la específica naturaleza de la sociedad eclesial, dando de lado con ello a recursos técnicos conquistados trabajosamente por la ciencia jurídica secular, y que parece que también sería muy conveniente que se pudiesen trasladar al ordenamiento Canónico; y que impida olvidar, de otra parte, que efectivamente la técnica jurídica debe ser sometida a una crítica de naturaleza eclesiológica que tamice sus resultados y los libere de adherencias reñidas con la naturaleza propia de la sociedad eclesiástica.

4. El Derecho Canónico tiene la suficiente envergadura e interés como para seguir manteniendo la necesidad de ser estudiado y enseñado en el marco de una Facultad universitaria. Quizá no sea preciso que haya muchas Facultades de Derecho Canónico, pero en aquellos países donde el fenómeno social de la Iglesia tiene dimensiones importantes deberá haber siempre al menos alguna. Para el resto, bastaría que existiesen unas cuantas con prestigio, en las que la calidad de la enseñanza tenga de verdad altura universitaria, de forma que los que acudan a ellas no tengan la impresión de haber sido timados y se haga así el juego a las actitudes antijuridistas precisamente por quienes más obligados estarán a proporcionar los medios para evitarlas.

En las Facultades de Derecho pienso que el estudio de Derecho Canónico debe quedar reducido a los cursos de la especialidad o ser una materia optativa que realmente se escoja porque la calidad y el enfoque de su enseñanza la hacen atractiva e interesante para los aspirantes a juristas; creo que si esa enseñanza se imparte de verdad con altura no se plantearía nunca el problema de que la cátedra quedase desierta por falta de alumnado.

5. Ese enfoque debería estar presidido por una idea central: dar al aspirante a jurista civil una visión de la Iglesia y de su Derecho de manera que forme su criterio de tal modo que le permita hacerse cargo del fenómeno jurídico de la Iglesia con el bagaje de cultura jurídica que ha adquirido o adquirirá en la Facultad de Derecho. Hay que proporcionarle unas bases para que con su mentalidad jurídica pueda entender las modalidades que en la Iglesia tiene el Derecho, atendiendo a su específica naturaleza como sociedad religiosa. Esto supone que los profesores de Derecho Canónico en las Facultades de Derecho deben tener una especial sensibilidad eclesial que logre conectar la mentalidad y el interés jurídico de sus alumnos con el fenómeno religioso de la Iglesia. En concreto, ¿cómo se podría realizar esta enseñanza? Pienso que se podría comenzar el curso con el estudio de una institución concreta que sirviese luego de punto de referencia a la hora de las explicaciones sobre temas de carácter más general. En este sentido, el Derecho matrimonial tiene el doble interés de tener aplicación en el ordenamiento civil de algunos países y el de ser una materia lo suficientemente elaborada desde el punto de vista técnico como para que ayude a ver la armonía que puede existir entre realidades sacramentales y Derecho. La parte central del curso podría estar dedicada al estudio de las líneas fundamentales de la Constitución y estructura jurídica de la Iglesia, poniendo de relieve cómo la naturaleza de la sociedad eclesial no está reñida con una aplicación a la misma de los instrumentos y recursos técnicos conquistados por la Ciencia y práctica del Derecho a lo largo de su historia. Por eso, en esta parte habría que dedicar una especial atención a la historia del Derecho Canónico en sus conexiones con el Derecho Civil.

Por último, se puede dedicar la parte final del curso al estudio en profundidad de algún tema monográfico que pueda ofrecer particular atención, por su interés o actualidad (así, por ejemplo, los problemas que plantea el Concordato, en los países donde rija, o el tema de la libertad religiosa) a los alumnos de la Facultad de Derecho.

6. Creo que en las estructuras eclesiásticas deben establecerse los oportunos recursos para que la tutela de la libertad personal y la promoción de los derechos subjetivos quede asegurada.

De otro lado, el ejercicio del poder ha de estar más reglamentado, con la aplicación a la Iglesia, en la medida en que sean aplicables a ella, de los instrumentos técnicos del actual Estado de Derecho (así, establecimiento de una Ley Fundamental, con el correspondiente Tribunal de garantías Constitucionales; división de funciones claras en el ejercicio del poder; jerarquía normativa; recurso contencioso–administrativo, etcétera).

7. Me parece que la Ciencia Canónica tiene un atraso con relación a la Ciencia jurídica secular que hace difícil, efectivamente, una positivación adecuada de las exigencias conciliares. En concreto, hay ramas jurídicas que en el Derecho estatal poseen ya un aparato técnico bastante elaborado y que en la Ciencia Canónica están prácticamente en mantillas. A título de ejemplo, se puede citar la rama del Derecho de la Persona o el Derecho Administrativo (así, los problemas del procedimiento o del contencioso–administrativo).

Por esta razón, quizá no sea conveniente todavía hacer un nuevo Código, hasta tanto esos problemas de técnica jurídica no sean clarificados por la doctrina canónica y se vea su posible juego práctico por la experiencia que puede proporcionar la aplicación de leyes especiales, provisionales o no, hasta tanto se madura su posible inclusión en el sistema de un Código. La aplicación del Concilio puede llevarse a cabo a través de una Ley Fundamental y de esas leyes especiales que reformen el viejo Código en lo que tenga de inactual y en lo que necesite de revisión en virtud de las exigencias conciliares.

En cambio, lo que sí sería muy importante es que el Derecho vigente se aplique efectivamente y que en su aplicación tengan un papel destacado la jurisprudencia y la doctrina, de forma que las normas sean interpretadas de una manera flexible y progresiva, teniendo en cuenta el cambio de las circunstancias y la nueva actitud doctrinal provocada por el Concilio. De este modo, la duración de las normas dependerá de su capacidad y aptitud para ser aplicadas de modo progresivo a los posibles cambios de situaciones.

8. Sobre este tema, se han publicado ya estudios lo suficientemente autorizados como para que se pueda ver la necesidad, oportunidad y conveniencia de una Ley Fundamental para la Iglesia. Únicamente insistiría en el interés que puede tener una positivación formal, a nivel de Ley Fundamental, de la constitución material de la Iglesia, teniendo ya en cuenta las enseñanzas conciliares, y el posible juego que tendría un Tribunal que controlase la Constitucionalidad de las leyes eclesiásticas que no se adecuasen a la citada Ley, en un momento en que la revisión del Código y las leyes de transición que pretendan adaptarlo al Concilio puede plantear problemas de vigencia y conflicto de normas heterogéneas.

2

LA TEOLOGÍA DEL DERECHO CANÓNICO, NUEVA DISCIPLINA*

La reciente reforma del plan de estudios en las Facultades de Derecho Canónico, llevada a cabo por el Decreto de 2/9/2002 de la Congregación para la Educación Católica, ha introducido una nueva disciplina en el Segundo Ciclo de Licenciatura llamada «Teología del Derecho Canónico». La novedad de esta disciplina, que no figuró nunca en los planes de estudios anteriores, hace necesario plantearse cuál sea su naturaleza, contenido y método. Una tarea a la que pueden sentirse invitados tanto los canonistas como los teólogos pues a ambos interpela la denominación de la disciplina. Uno de los primeros libros aparecidos después de la reforma que pretende responder a los mencionados interrogantes es el que ahora recensionamos[1].

En este trabajo me propongo dos objetivos. Por una parte, hacer un comentario crítico al libro de Gherri. Por otra, quisiera también exponer mi propia opinión sobre la nueva disciplina, con el deseo de poder contribuir a la clarificación de su estatuto epistemológico. Mi trabajo consta, por tanto, de dos partes con una cierta autonomía, que permite leerlas también separadamente.

(*) Publicado en «Ius Canonicum», XLVI, (92), 2006, 485-519.

1. GHERRI, P., *Lezioni di Teologia del Diritto canonico*, Lateran University Press, Roma 2004, 324.

Iª Parte:
COMENTARIO A UNAS «LECCIONES DE TEOLOGÍA DEL DERECHO CANÓNICO»

Paolo Gherri es profesor de la disciplina en la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad del Laterano y había publicado ya en diversas revistas de la especialidad algunos estudios sobre estas cuestiones de las relaciones entre el Derecho Canónico y la Teología. Pero ahora se ha atrevido a publicar un libro con la pretensión de que sirva como «Manual» para las clases que sobre la nueva disciplina explica el autor en la citada Facultad. Bienvenida sea esta publicación, a la que es de esperar que sigan otras que sirvan para ir configurando y pergeñando esta materia que, a mi juicio, puede tener un gran interés y puede contribuir a aclarar muchas cuestiones confusas que se plantean al estudiar las relaciones entre Teología y Derecho Canónico. También sería de desear que los estudios que se realicen tengan la necesaria calidad para que no contribuyan a aumentar esa confusión. Por lo pronto, el libro de Gherri tiene el interés de ser uno de esos primeros estudios y está hecho por un autor al que parece interesarle la materia.

Precedido de una «Introducción», el volumen se divide en cuatro partes, seguidas de una «Conclusión», y a las que se añade una Bibliografía sobre los temas estudiados.

La primera parte, dividida en dos lecciones, está dedicada a los «Elementos previos» que es necesario delimitar. En estas dos primeras lecciones el autor trata de definir los términos de la cuestión que están en juego, por una parte el «Derecho» y, por otra parte, la «Teología». Al referirse al Derecho lo hace, a la vez, considerándolo primero como orden jurídico y, después, como objeto de conocimiento, como Ciencia. Para su concepto de Derecho utiliza cuatro «fórmulas sintéticas» en que trata de resumirlo: 1ª) como «*regolamentazione comportamentale normativa del relazionale sociale secondo giustizia*»; 2ª) como «*tecnica relazionale*»; 3ª) como «*tecnica "previa" di relazione sociale, sviluppata a posteriori*»; 4ª) como «*garanzia minimale di relazione*». Respecto a su concepto del Derecho como objeto de estudio y como objeto de la Ciencia jurídica depende sobre todo de Jiménez Urresti, autor en el que se apoya continuamente para resolver también otras cuestiones que se plantea a lo largo del volumen.

A cada lección, el autor suele añadir lo que llama un «*approfondimento*», un «ampliamento» o un «*excursus*». Estas ampliaciones están concebidas como un modo de profundizar y desarrollar más alguna cuestión de la que se haya tratado en la lección correspondiente. El «*approfondimento*» de la primera lección está dedicado a la relación entre «Ética y Moral».

La segunda lección de la primera parte la dedica a tratar de «definir» el concepto de Teología. Como es bien sabido, este concepto no es menos fácil de delimitar que el concepto de Derecho y son también innumerables las cuestiones que se plantean. Aquí está, en parte, la dificultad para configurar de modo preciso las relaciones entre Teología y Derecho Canónico. Para Gherri, la Teología se puede considerar de varias maneras: 1ª) como «*modus cognoscendi*», como una particular consideración de la realidad a partir de la Revelación y de la Fe; 2ª) como un conjunto de disciplinas» que forman una verdadera «Enciclopedia Teológica»; 3ª) como una Ciencia, que estudia la Revelación con el método propio de las Ciencias («Teología científica»). Ante la complejidad de la cuestión, Gherri llega a la conclusión de que no se puede hablar de Teología en sentido unívoco, como si solo existiese «una Teología» o «la Teología». Hay muchos conceptos de la Teología y de la Ciencia Teológica, añadimos nosotros, como hay también muchos conceptos del Derecho y de la Ciencia Jurídica. Esto hace que no sea fácil ponerse de acuerdo acerca de las relaciones entre la Ciencia Teológica y la Ciencia Canónica.

Gherri dedica un «*approfondimento*» a esta segunda lección: «el estatuto y método de la teología en el siglo XX». El complejo panorama del estatuto científico y metodológico de la Teología en el siglo XX no hace más que confirmar las conclusiones a las que me acabo de referir.

La segunda parte del volumen, dividida en cuatro lecciones, trata de lo que Gherri llama «los fundamentos». Con ello se refiere a la «cuestión epistemológica» que plantea la nueva Disciplina. En la tercera lección (primera de esta segunda parte) se habla del «nacimiento e historia» de la Teología del Derecho Canónico. El autor se refiere aquí al contexto doctrinal y a los precedentes anteriores al nacimiento de la disciplina en el «*Ordo Studiorum*» del 2002. En ese contexto se menciona la llamada «Teología del Derecho», de matriz protestante, que estuvo en la base de la «Teología del Derecho Canónico» que elaboró la Escuela de Múnich (Mörsdorf, Aymans, Rouco Varela, Corecco y otros). Entre los autores protestantes se citan especialmente J. Heckel, W. Wolf, H. Dombois y K. Barth. Se mencionan también otros autores, no pertenecientes a la Escuela de Muchich, que han intentado elaborar una Teología del Derecho (F. D'Agostino) o del Derecho Canónico (Darío Composta, F. Ghirlanda). Según la valoración crítica de Gherri, todas estas propuestas adolecen de «esencialismo metodológico» ante la cuestión estudiada: la Teología del Derecho (Canónico); los autores de estas corrientes mencionadas dan a esta fórmula el significado que más les agrada sin respetar el significado «propio» de los elementos que constituyen la fórmula misma. Según el autor, la disciplina creada en el nuevo plan de estudios

requiere un nuevo enfoque, a tenor también de lo dispuesto por el Decreto de la Congregación en relación con las restantes materias del Plan de estudios de Derecho Canónico.

El autor añade a esta lección un «ampliamento», dedicado a lo que llama la «Escuela de Navarra». A pesar de usar esta denominación, no muy exacta, habla también de «Lombardía y discípulos» para referirse a lo mismo. Según Gherri, esta Escuela rechaza visiones «teológicas» simples acerca del Derecho Canónico y reivindica la autonomía de la Canonística respecto a la Eclesiología. La valora muy positivamente en cuanto que ha ofrecido y continúa ofreciendo un «preciosísimo soporte técnico–jurídico al estudio del Derecho Canónico».

La cuarta lección trata de la Escuela de Múnich como «cuna» de la «Teología del Derecho (Canónico)». El autor estudia por separado a Mörsdorf y a Corecco, para concluir con una valoración crítica bastante negativa de esta Escuela. Considera que esta Escuela no se separa de la visión preconciliar de la nueva disciplina, siendo incapaz de distinguir entre Derecho (Canónico) y (Teología) Moral: «se trata evidentemente de una visión monista que no puede evitar la propia consecuencia más trágica: la sacralización institucional». No menos crítico se muestra Gherri con F. Ghirlanda a quien considera en continuidad con el planteamiento de la Escuela de Múnich. Considera que Ghirlanda radicaliza la concepción teológica del Derecho Canónico, asumiendo posiciones no menos discutibles que las ya criticadas y le acusa de un uso ideológico del Magisterio, «puntualmente citado pero utilizado con evidentes alteraciones sintácticas (y, por tanto, sustanciales) que distorsionan los contenidos». En el «*approfondimento*», Gherri propone un planteamiento teológico alternativo que trate de superar una aproximación falsamente «unitaria» al problema, distinguiendo conceptos y ámbitos. Para ello propone «un nuevo método» y «una nueva Canonística», en diálogo interdisciplinar con las demás ciencias sacras.

La quinta lección se refiere a la Revista «*Concilium*» y a su propuesta metodológica, contenida en el famoso «Editorial» de 1965 firmado por P.Huizing, T. Jiménez Urresti y N. Edelby. Esta propuesta se resumía en el «slogan» de que habrá que ayudar a los teólogos a desjuridificar la Teología, y a los canonistas a desteologizar el Derecho Canónico. Para Gherri, esta propuesta de «*Concilium*» se presenta en directa antinomia con la de la Escuela de Múnich, y pone de manifiesto la insuficiencia de los presupuestos y la incongruencia de las conclusiones de esa Escuela. A esta lección quinta se le añade un «*approfondimento*» sobre el Derecho Canónico como «*locus theologicus*», según la conocida expresión de Melchor Cano.

La sexta y última lección de la segunda parte se refiere al fundamento epistemológico de la Teología del Derecho Canónico. Se trata de la lección más in-

teresante para conocer la propuesta metodológica del autor en torno a la disciplina objeto de estudio. Gherri parte de una premisa metodológica: la Teología y el Derecho Canónico son dos ciencias distintas. Según él, siguiendo a Jiménez Urresti, la Ciencia Canónica es una «ciencia jurídica (deontológica), con objeto jurídico, método jurídico pero presupuesto teológico (eclesiológico–sacramental)». Ese presupuesto teológico es el que le proporciona la Ciencia Teológica, formulando los datos revelados, «pre–Canónicos», y, a la vez, formulando también los fines a los que se ordena el Derecho Canónico (datos «meta–Canónicos). La Teología y el Derecho Canónico son, pues, ciencias distintas y poseen su propia autonomía en el ámbito de sus competencias.

La Teología del Derecho Canónico es concebida, así, con una naturaleza supra–disciplinar: como «un primer nivel supra–disciplinar entre las Ciencias canónica y teológica», que debe fijar las modalidades para el encuentro, intercambio y la eventual síntesis entre las diversas disciplinas teológicas y canónicas; y, más adelante, habla de establecer «los modos de relación, encuentro, diálogo y colaboración entre Teología y Canonística».

Para Gherri, la nueva disciplina no se presenta como un tratado orgánico, sistemático y conclusivo, desde el punto de vista de sus contenidos, sino que es una disciplina sustancialmente metodológica que remite las temáticas específicas a otros tratados más apropiados que pueden ser tan numerosas como lo sean las cuestiones concretas que puedan plantearse. Entiende por Disciplina metodológica una que aplique no la lógica especulativa (como la Teología), ni la deóntica (como la Canonística) sino una lógica procedimental («*procedurale*») que se refiere, no a una «realidad» verdadera y propia, sino a la «relación» entre dos ámbitos disciplinares específicos. Según él, este es el método propio de la Teología Fundamental, por lo que se atreve a definir la Teología del Derecho Canónico como una «disciplina metodológica cuyo objeto es la relación entre Teología y Canonística, según el método propio de la Teología Fundamental».

El autor añade a esta 6ª lección de la segunda parte un «*excursus*» dedicado a Jiménez Urresti, en particular a su libro «De la Teología a la Canonística» (1993), cuyas ideas trata de resumir, asumiéndolas como soporte en el que basar la función supra–disciplinar de la Teología del Derecho Canónico.

Hasta aquí, lo que el autor piensa acerca de la nueva disciplina y su método. Antes de seguir adelante sobre el contenido de las siguientes lecciones, quisiera detenerme un poco en el planteamiento de Gherri manifestado en esta parte que acabo de resumir. Pienso que esta segunda parte de su libro es la más interesante para conocer lo que piensa acerca de la disciplina recientemente introducida en el plan de estudios de las Facultades de Derecho Canónico.

Ante todo, estoy de acuerdo con Gherri en que la cuestión epistemológica que plantea las relaciones entre la Teología y la Ciencia Canónica, como dos ciencias distintas, es cometido de la Teología Fundamental. Si es cierto que la Teología Fundamental es la disciplina teológica encargada de estudiar las relaciones entre la Fe y la razón en todas las Ciencias sagradas y profanas, parece que a ella ha de corresponder el estudio de las relaciones entre Teología y Canonística, y entre el método teológico y el método jurídico. Por tanto, estoy de acuerdo en que esa cuestión epistemológica y metodológica corresponde a la Teología Fundamental.

También estoy de acuerdo con Gherri en que el Derecho Canónico puede ser objeto de estudio tanto por parte de la Teología como por parte de la Ciencia Canónica. Eso significa que entre ambas ciencias debe haber unas relaciones de colaboración y de coordinación que requiere unos estudios interdisciplinares o pluridisciplinares, sin menoscabo de la necesaria armonía entre esas diversas disciplinas que es a lo que hay que tender. Me parece claro que es muy necesario y conveniente una colaboración científica entre teólogos y canonistas al servicio de unos mismos fines, los que son propios de todas las Ciencias Sacras.

En cambio, no estoy del todo de acuerdo con que la función de la Teología del Derecho Canónico se reduzca a una mera cuestión epistemológica y metodológica, ni que se quede sólo en el ámbito de la Teología Fundamental. Además de esa cuestión mencionada, pienso que a la Teología del Derecho Canónico le corresponde estudiar lo que podríamos llamar las cuestiones ontológica y teleológica, entendiendo por tales las que corresponden a una ontología «teológica» y a una teleología «teológica». El objeto de estas cuestiones ha de ser, naturalmente, el Derecho de la Iglesia. En este sentido, pienso que lo que he llamado «cuestión ontológica» –la existencia de un Derecho que es intrínseco al Misterio de la Iglesia– corresponde estudiarlo a la Teología Dogmática. Pienso que hay una Teología Dogmática del Derecho Canónico, cuyo objeto será principalmente lo que llamamos Derecho divino, en cuanto Derecho revelado; ahí se estudiarían las fuentes del conocimiento teológico de ese Derecho (Escritura, Tradición y Magisterio), sin olvidar tampoco sus fuentes jurídicas, en particular los Códigos de Derecho Canónico latino y oriental. A partir de ese estudio de «Teología positiva» –en el sentido técnico de esta expresión–, se podrían extraer también las correspondientes conclusiones teológicas, que son el cometido propio de la Teología Dogmática especulativa. Así, esta disciplina teológica ofrecería al canonista los fundamentos teológicos y los datos básicos de los que la Ciencia Canónica ha de partir. La Teología Dogmática del Derecho Canónico estudiaría el Derecho según su propio método teológico –*ratione Deitatis*–, mientras que la Ciencia Canónica lo estudiaría

según el suyo –*ratione iuris*–. Por tanto, no habría aquí ninguna mezcla de métodos, y cada ciencia se mantendría en el ámbito correspondiente. La teología elaborando los datos previos de los que parte el canonista, y la Ciencia Canónica elaborando esos datos a partir del método jurídico para llegar a sus propias conclusiones como Ciencia práctica. Así se puede mantener una colaboración interdisciplinar, al mismo tiempo que se respetan las mutuas competencias científicas.

Pienso, además, como decía más arriba, que a la Teología del Derecho Canónico le corresponde también el estudio de lo que he llamado la «cuestión teleológica». Con ello me refiero a la cuestión de los fines a los que se ordena el Derecho Canónico. La tradicional norma fundamental según la cual «*salus animarum suprema lex*», plantea una cuestión de «teleología teológica» cuyo estudio corresponde, me parece, a la Teología Moral. Habría también una Teología Moral del Derecho Canónico que estudiaría básicamente las relaciones que existen entre el orden jurídico Canónico y el orden moral: aquí estaría la cuestión del Derecho (Canónico) como objeto de la virtud de la justicia, y la cuestión de la relación entre justicia y caridad; aquí estaría implicada también la cuestión de la equidad canónica y el principio de la «*salus animarum, suprema lex*». Este tratamiento teológico del Derecho de la Iglesia correspondería, a mi juicio, al campo de la Teología (Moral) del Derecho Canónico.

En resumidas cuentas, hay tres cuestiones que deberían ser objeto de la nueva disciplina llamada Teología del Derecho Canónico: la cuestión epistemológica y metodológica, que corresponde al ámbito de la Teología Fundamental; la cuestión ontológica, que corresponde al ámbito de la Teología Dogmática; y la cuestión teleológica, que corresponde al ámbito de la Teología Moral. Sobre estos tres ejes pienso que ha de girar la nueva disciplina que se está configurando.

Por otra parte, como se deduce de lo que he dicho, tampoco estoy de acuerdo con Gherri en que la Teología del Derecho Canónico se reduzca a ser una disciplina metodológica de carácter supra–disciplinar. A las razones que acabo de apuntar de por qué no puede reducirse a sólo una parte de la Teología Fundamental, añadiría ahora la idea de que el método que utilice la nueva disciplina debe ser el método teológico, y no un método supra disciplinar. Otra cosa es, como también afirmaba antes, la necesidad y conveniencia de una colaboración interdisciplinar entre Teología y Canonística; pero, dejando clara esa colaboración, cada ciencia teológica o canónica debe estudiar su objeto –en este caso el Derecho de la Iglesia, común a ambas– a partir de su propio método. Si es posible también una «disciplina» supra disciplinar, me parece que habría de ser otra cosa distinta de la Teología del Derecho Canónico. Por otra parte, me parece que ese estudio supra disciplinar debería hacerse de manera que se evitase el peligro

de una posible mezcla de métodos, como a veces puede ocurrir entre algunos cultivadores de la Teología o de la Ciencia Canónica que son los causantes del teologismo o del juridicismo, vicios propios de los teólogos y canonistas que no respetan las mutuas competencias.

La tercera parte del libro que comentamos está dedicada a «los orígenes». Bajo este apartado se incluyen tres lecciones que, según el autor, contienen «el centro verdadero y propio de la propuesta doctrinal y didáctica». La séptima lección trata sobre «la Revelación bíblica», con un «*excursus*» sobre la «institucionalidad neotestamentaria»; la lección octava trata de «la Iglesia de los orígenes», también con un «ampliamento» añadido sobre «la Institucionalización»; finalmente, la lección novena trata sobre «el Derecho divino», con un «*excursus*» sobre el «Derecho divino y equivalentes» en el CIC 83».

Me parece que aquí están tratados algunos de los temas principales que debería estudiar lo que antes he llamado Teología Dogmática y positiva del Derecho Canónico: un estudio teológico de las fuentes del Derecho Canónico en la Escritura, la Tradición y el Magisterio. De acuerdo con su propuesta metodológica, Gherri adopta más bien una aproximación supra disciplinar, y no sé si ha conseguido evitar del todo el peligro de una cierta confusión de métodos. En todo caso, es interesante que estas cuestiones sean tratadas desde la Teología y/o, en su caso, desde el Derecho Canónico. Así ha de ocurrir con la cuestión del Derecho divino, que está a caballo entre el Derecho Canónico y la Teología, y a la que el autor consagra la lección novena. En esta última cuestión me gustaría detenerme.

Después de hacer una aproximación histórica al tema del «*ius divinum*» a partir de Graciano y Santo Tomás de Aquino, y basándose en algunos teólogos (como Jiménez Urresti, Rahner y Congar), Gherri va concluyendo que esta expresión dista mucho de ser unívoca y que, tanto terminológica como conceptualmente, parece poco apropiada; según él sería preferible abandonarla y sustituirla por otras nociones más exactas y menos discutidas. A nivel jurídico, según Gherri, se puede considerar completamente superada la época del Derecho divino; considera que la teoría actual de la institucionalización puede suplir las necesidades –filosóficas y de teoría general del Derecho– a las que la Escolástica tiene que responder con la categoría del Derecho divino; hoy en día, esa categoría «sería reconducible en buena parte a los «fundamentos» del ordenamiento jurídico, o incluso al «Derecho Constitucional Canónico» que tanta atención ha suscitado en los estudios de la Escuela de Navarra», concluye el autor.

Ciertamente, no se puede no estar de acuerdo en las dificultades que esta expresión tiene, tanto en el ámbito de la Teología como en el ámbito del Derecho Canónico. Se trata de una expresión no fácilmente definible y quizá en

sí misma no sea muy acertada, al unir el sustantivo «Derecho» con el adjetivo «divino»: si el Derecho es esencialmente un orden humano, que se refiere a las relaciones sociales entre personas humanas, es necesario explicar qué se pretende decir cuando se añade el calificativo de «divino». Si no se explicase bien, la expresión podría parecer incluso una «*contradictio in terminis*». Ahora bien, esta expresión puede ser más o menos afortunada, pero tiene detrás una tradición centenaria, que la ha consagrado ante la Teología y el Derecho Canónico como una expresión no fácilmente sustituible. Como el propio Gherri reconoce, el Derecho divino realiza una función de garantía y de tutela del Derecho Canónico –a semejanza de la que realiza el Derecho natural en el ámbito del Derecho civil positivo– que supone una instancia crítica imprescindible para que el llamado Derecho positivo humano no se degrade, y se respete siempre la dignidad del hombre y, en la Iglesia, también la dignidad y libertad de los hijos de Dios.

Por eso me parece que no va a ser fácil sustituir este término y concepto por otros, mucho menos si tampoco son del todo apropiados. A mi juicio, se trata de explotarlo adecuadamente, tal como lo ha hecho y lo sigue haciendo la tradición canónica y el propio Magisterio de la Iglesia. Es cierto que, como muestra el estudio de Jiménez Urresti –citado por Gherri–, se pueden distinguir diversos grados o niveles del Derecho divino; ya Santo Tomás de Aquino hablaba de principios primarios, secundarios, terciarios, para referirse a esos principios de diferente nivel; todo ello tendrá que seguir siendo estudiado y matizado cuando nos referimos a los principios del Derecho divino revelado o del Derecho natural. Tales distinciones ponen de manifiesto que se trata, efectivamente, de un concepto denso de significado. Lo que el concepto de *ius divinum* parece subrayar es el carácter «trascendente» del Derecho; que el Derecho, aunque sea esencialmente un orden humano, no es solamente un orden humano que pueda ser entendido independientemente de Dios y del orden de la Creación y de la Redención. Ahí aparece la relación entre el Derecho y Dios, como primer principio y último fin de todas las realidades de la Creación y de la Redención, del orden natural y del orden sobrenatural. Esa relación entre Dios y el Derecho es la que se quiere poner de manifiesto en la expresión «Derecho divino» y, en este sentido, no me parece que pueda ser fácilmente sustituible.

Volviendo de nuevo a la cuestión de las relaciones entre la Teología y la Ciencia Canónica, me parece que el tema del Derecho divino es precisamente una de las cuestiones claves que han de ser objeto de ambas ciencias y, en particular de la que ahora tratamos, la Teología del Derecho Canónico. Con la expresión *ius divinum* se está apuntando a dos elementos inseparables del Derecho, el elemento divino y el elemento humano, imprescindibles para no incurrir en los vicios

del positivismo jurídico. El positivismo jurídico es inaceptable en el ámbito civil y en el ámbito Canónico. En el ámbito Canónico, la noción de *ius divimun* es la que sirve de garantía contra el positivismo. Según la tradición canónica, el Derecho divino es el fundamento de todo el Derecho Canónico, cuyo «Derecho humano» se presenta siempre como conclusión o como determinación de los principios de Derecho divino. Por eso, la cuestión del *ius divinum* es un tema clave, tanto para la Teología del Derecho Canónico como para lo que algunos llaman la «Teoría Fundamental del Derecho Canónico» –que sería ya una parte de la Ciencia Canónica– e, incluso, para el «Derecho Constitucional Canónico» –que también es una parte de la Ciencia Canónica–.

La diferencia entre estas disciplinas está en el método, según lo que apuntábamos más arriba. La Teología del Derecho Canónico estudiaría el Derecho divino *ratione Deitatis,* por su relación con Dios; precisamente en lo que tiene de divino; se fija en Dios como principio y fin del Derecho de la Iglesia; estudia, sobre todo, el elemento divino del Derecho Canónico: la Constitución Divina de la Iglesia, fundada por Cristo, y el Derecho como un elemento intrínseco de la Iglesia de Dios. En cambio, la Ciencia Canónica –la Teoría Fundamental del Derecho Canónico e, incluso, el Derecho Constitucional Canónico– estudian el Derecho divino *ratione iuris*, en cuanto Derecho y en cuanto orden humano; por tanto, lo estudia por su relación con todo el Derecho Canónico y con el fin perseguido por éste de realizar la justicia en el ámbito de la Iglesia; la Ciencia canónica se ocupa sobre todo del elemento humano del Derecho, pero no se olvida ni puede olvidarse de su elemento divino; estudiar el Derecho divino *ratione iuris* significa estudiarlo precisamente en cuanto es Derecho, en una dimensión histórica *hic et nunc* que lo hace también inseparable del Derecho humano; el Derecho divino es Derecho en sentido pleno, precisamente porque se encuentra positivado y formalizado en el Derecho humano para que pueda desplegar así toda su eficacia.

Por tanto, ese doble elemento divino y humano del Derecho permite también una doble perspectiva a la hora de estudiarlo: la perspectiva teológica *–ratione Deitatis–* y la perspectiva canónica *–ratione iuris–* Esta doble perspectiva vale para todo el Derecho Canónico, pero vale, en particular, para lo que llamamos «Derecho divino», o mejor, «principios de Derecho divino» de la Iglesia, en los que se basa todo el Derecho Canónico.

La cuarta y última parte del libro que comentamos se titula «los desarrollos». Con esta expresión, el autor parece referirse a las relaciones actuales entre la Teología y el Derecho Canónico, representadas por el Concilio Vaticano II y el Código de Derecho Canónico. Está dividida en tres lecciones. La lección décima está dedicada a la Eclesiología del Vaticano II, a la que se añade un «*approfon-*

dimento» sobre la Iglesia como «Sacramento». En la lección undécima estudia el CIC, como último documento del Vaticano II, con un «ampliamento» sobre la correlación sustancial entre el Vaticano II y el Código. La lección duodécima trata sobre la estructura teológica del CIC, con un «ampliamento» sobre las adquisiciones teológicas del nuevo CIC.

En esta cuarta parte, lo que el autor pretende estudiar y analizar es la Teología subyacente al Código de Derecho Canónico de la Iglesia latina. A mi parecer, se trata de una cuestión claramente teológica, que debe formar parte sin duda de la Teología del Derecho Canónico, según el método propio de esta disciplina que, como decía anteriormente, es el método teológico; naturalmente, esto exige también un buen conocimiento del Derecho Canónico y, en particular, del CIC. Este conocimiento se presupone en cualquier estudio serio de Teología del Derecho Canónico que debe basarse en la realidad del Derecho y no en otra cosa. Por eso no resulta fácil elaborar una Teología del Derecho Canónico que sea fiel tanto a su método como a su objeto. Pero una teología del Derecho Canónico que no se base en el método teológico sino en un método supra disciplinar corre el riesgo de una cierta confusión metodológica entre la Teología y la Ciencia Canónica. En todo caso, me parece que el método supra disciplinar, aun siendo legítimo, no es el propio de la Teología del Derecho Canónico sino que vas más allá de esa disciplina. Debe distinguirse entre el método teológico, que es el propio de la Teología del Derecho Canónico, y el método supra disciplinar que puede utilizarse para estudiar las relaciones entre ciencia teológica y ciencia canónica.

El libro de Gherri termina con una «Conclusión» en la que pretende ofrecer una clave hermenéutica para la comprensión de todo el contenido estudiado. A esta conclusión le añade un «*approfondimento*» sobre la «*Communio*».

Con la intención también de ofrecer un «principio guía sintético», de valor metodológico, en este último apartado de su libro el autor trata la compleja cuestión del fin de la Iglesia y del fin último del Derecho Canónico. A pesar de su arraigo en la tradición canónica, de la que se hace eco el último canon del CIC, al autor de este libro no acaba de convencerle el principio de la «*salus animarum suprema lex*», como norma suprema del Derecho Canónico. Considera que no tiene suficientes fundamentos teológicos y eclesiológicos, y trata de buscar un principio diferente. Es lo que, según él, ha tratado de hacer la llamada Escuela de Navarra al referirse al «orden social justo de la Iglesia», o la Escuela de Múnich–Lugano al referirse a la «norma de la comunión».

Gherri, en cambio, se apoya en Jiménez Urresti, quien afirma que «toda sociedad encuentra su propia justificación y naturaleza, funciones, razón de ser y principio normativo o norma originaria o fundamental en la propia finalidad,

según el principio de la lógica normativa: el principio es el fin». Para Jiménez Urresti, seguido por Gherri, el Derecho Canónico tiene su propia justificación teológica en la misión de la Iglesia; de manera que ese principio guía sintético estaría en la «naturaleza misionera de la Iglesia». La «*norma missionis*» sería, por tanto, la norma fundamental y originaria.

Sin embargo, según Gherri, esta «*norma missionis*» se diferencia, a su vez, en su interior y articuladamente, en una «*norma fidei*», referida a la actividad de Magisterio y dogmática, y en una «*norma communionis*», referida a la normatividad de toda conducta en la Iglesia (sea moral, litúrgica o canónica). El Derecho Canónico encuentra, así, su principio específico en esta «*norma communionis*» cuando está dotada de las características propias del Derecho. Pero, a la hora de utilizar el concepto de «*communio*», al final de su trabajo, Gherri parece desmarcarse de otras posiciones (como las de Corecco, Ghirlanda o Coccopalmerio) que, según él, suponen una «sacralización del Derecho Canónico» al considerarlo como «Sacramento de comunión». Gherri dedica las últimas líneas de su libro a esta cuestión, afirmando que el Derecho Canónico sólo puede desempeñar «el simple papel de *iustrumentum communionis* en el interior de una lógica mucho más amplia y articulada como es la propia de la *norma communionis* al servicio de la originaria *missio:* la única verdadera norma en la Iglesia».

En mi opinión, el principio «*salus animarum, suprema lex*» está muy asentado en la tradición canónica y es difícilmente desalojable. Por otra parte, el CIC vigente lo ha convertido en emblemático, al recogerlo en el último canon como principio inspirador de todo el Derecho de la Iglesia aplicado con «equidad canónica». Sigue habiendo, pues, una voluntad expresa del legislador de que se recurra a este principio supremo en la interpretación y aplicación del Derecho Canónico. Naturalmente, este principio hay que entenderlo en el contexto de la tradición de la que surge, y habrá que contextualizarlo también dentro de la Teología y Eclesiología actual. Pero, a la vez, habrá que respetar la mente del legislador y su explícita voluntad, respecto a la vigencia de este principio y de su formulación clásica. Por eso, lo que la doctrina canónica y teológica tienen que hacer es situarlo en su texto y contexto, contextualizándolo en la historia y en el presente. En este sentido, me parece que es uno de los grandes temas de esa «cuestión teleológica» que la Teología del Derecho Canónico debe acometer en colaboración con la ciencia canónica. De esta manera, respondo también a lo que Gherri se plantea en la «Conclusión» que figura como último apartado de su libro.

Llegado el momento de hacer una valoración global de estas «*Lezioni di Teologia del Diritto Canonico*» del Prof. Paolo Gherri, me remito ante todo a lo que ya he ido diciendo al dar cuenta de cada una de sus partes y al dar mi opinión

sobre algunas de sus propuestas. Quisiera subrayar de nuevo lo que dije acerca de la propuesta metodológica. Gherri concibe la Teología del Derecho Canónico como una disciplina metodológica que no aplica la lógica teológica, ni la lógica jurídica sino una lógica procedimental («*procedurale*»); su método propio es un método supra–disciplinar que estudia las relaciones entre la Ciencia Teológica y la Ciencia Canónica; según él, éste sería el método propio de la Teología Fundamental, a la que la Teología del Derecho Canónico estaría vinculada.

Personalmente considero muy útiles los estudios supra disciplinares o interdisciplinares que favorezcan las relaciones armónicas entre la Teología y la Ciencia Canónica, pero me parece que ésta no es la función o, al menos, la única función de la Teología del Derecho Canónico. Pienso que la Teología del Derecho Canónico debe ser verdadera Teología y, en cuanto tal, el método que utilice debe ser el método teológico. Por otra parte, pienso que su contenido no puede reducirse a la cuestión metodológica, ni, por tanto, al solo ámbito de la Teología Fundamental. A las cuestiones de epistemología (y metodología) teológica, habría que añadir también las cuestiones de ontología teológica y de teleología teológica, en el sentido más arriba explicado: tales cuestiones afectan a la Teología Fundamental, pero también a la Teología Dogmática y Moral. La nueva disciplina sería, en sentido propio, una disciplina teológica que usaría un método teológico *(ratione Deitatis),* aunque su objeto propio (objeto material, en este caso) sea el Derecho de la Iglesia. En este sentido, ese objeto (material) es común al de la Ciencia Canónica, pero se diferenciaría de esta última en que esta utiliza el método jurídico *(ratione iuris).*

Al decir esto, soy consciente también de las dificultades que habrá de superar la elaboración de la nueva disciplina. El estudio del Derecho Canónico con un método teológico lleva consigo un buen conocimiento, tanto del Derecho Canónico como de la Teología. Entre otras cosas, para saber delimitar las competencias entre ambas ciencias, y no mezclar los métodos, evitando los peligros del teologismo y del juridicismo. Por aquí habrá que empezar a la hora de configurar la nueva disciplina, si se quieren hacer las cosas con rigor y no una labor de aficionados. Pienso que este trabajo requerirá buena preparación y mucho tiempo antes de que empiecen a lograrse frutos maduros. Al introducir la «Teología del Derecho Canónico» en el nuevo plan de estudios, el legislador ha lanzado un desafío al que habrán de sentirse convocados tanto los teólogos como los canonistas y, en ambos casos, se requerirán unos buenos conocimientos de Teología y de Derecho Canónico a la vez.

Por lo tanto, uno de los frutos que ha logrado ya el Decreto de 2.IX.02 de la Congregación para la Educación Católica es que empiecen a escribirse artícu-

los y libros (incluso con la pretensión de ser Manuales) sobre la cuestión. Las «lecciones» de Paolo Gherri son uno de ellos. Se trata de uno de los primeros ensayos aparecidos después del Decreto, y al autor hay que reconocerle rapidez de reflejos, audacia y valentía por haberlo hecho. Como profesor de la materia en una Facultad Universitaria el autor podrá ir profundizando y reelaborando la naturaleza, el método y el contenido de una Disciplina en sí misma compleja por todo lo ya dicho. Como, debido a su juventud, el autor cuenta también con muchos años por delante para hacerlo, los frutos se presentan prometedores. Desde aquí le felicito por lo ya hecho y le deseo los mejores logros de cara al futuro.

IIª Parte
LA TEOLOGÍA DEL DERECHO CANÓNICO

1. Una nueva disciplina del plan de estudios de las Facultades de Derecho Canónico

A continuación, quisiera exponer algunas consideraciones acerca de la nueva disciplina, que el Decreto del 2 de septiembre de 2002 de la Congregación para la Educación Católica llama «Teología del Derecho Canónico» (artículo 56 del Reglamento modificado por el Decreto).

Ante todo, me parece una gran oportunidad para profundizar en una cuestión que a veces puede ser tratada confusamente, dado el abuso con que se utiliza la expresión Teología del Derecho Canónico. Esto obliga de nuevo a teólogos y canonistas a plantearse el problema del método teológico y del método Canónico y a estudiar las relaciones entre Teología y Derecho Canónico. Pero el hecho mismo de que se haya formalizado una nueva disciplina con esa denominación, obligará también a plantearse las cuestiones con rigor, especialmente por parte de aquellos que se encarguen de su docencia e investigación. La creación de esta nueva disciplina es un dato positivo que hay que atribuir a la reforma auspiciada por la Congregación Romana.

El artículo 56 del Reglamento modificado por el Decreto 2.IX.02 distingue diversos grupos de disciplinas obligatorias en los ciclos I y II para obtener la licenciatura en Derecho Canónico. Ya en el Ciclo I distingue tres grupos, aparte de la lengua latina: a) Elementos de Filosofía; b) elementos de Teología; c) Instituciones generales de Derecho Canónico. La mayor parte de las disciplinas incluidas en este Ciclo I corresponden al apartado b). Al menos ocho disciplinas teológicas se incluyen en ese apartado, por sólo tres en el apartado a) correspon-

diente a las disciplinas filosóficas, y sólo una en el apartado c) correspondiente a las citadas Instituciones de Derecho Canónico. Esto significa que el ciclo I es un ciclo fundamentalmente teológico, en donde se estudian disciplinas teológicas.

El segundo ciclo de licenciatura es el que está dedicado propiamente a las disciplinas canónicas. En el apartado b) de este ciclo, bajo el título de disciplinas conexas (se entiende que conexas con las disciplinas que estudian el Código de Derecho Canónico o el Código de Cánones de las Iglesias Orientales según el orden de sus partes, y las demás leyes canónicas) se estudian, entre otras, la Teología del Derecho Canónico y la Filosofía del Derecho. Destaco estas dos disciplinas, entre las conexas, porque tienen relación con las disciplinas que se estudian en el primer ciclo: las disciplinas filosóficas y teológicas. De este modo, el nuevo plan de estudios parece distinguir la Teología del Derecho Canónico y la Filosofía del Derecho, de las demás disciplinas teológicas y filosóficas, pero también parece distinguirlas de las demás disciplinas canónicas. Es decir, se crea una nueva disciplina cuya denominación sugiere que es una disciplina teológica, pero cuyo objeto es el Derecho Canónico. Algo parecido se puede decir de la Filosofía del Derecho: se trataría de una disciplina filosófica, cuyo objeto es el Derecho. Junto a estas «disciplinas conexas» se hallarían aquellas otras disciplinas del Segundo Ciclo que son disciplinas propiamente canónicas, porque estudian básicamente los dos Códigos y las demás leyes vigentes en la Iglesia.

El nuevo plan de estudios parece sugerir, por tanto, una distinción entre la llamada «Teología del Derecho Canónico» y las demás disciplinas propiamente canónicas. Con esta denominación la normativa reguladora del nuevo plan de estudios parece descartar que todas las disciplinas canónicas puedan ser consideradas una Teología del Derecho Canónico; y parece distinguir, por tanto, entre la Teología y la Ciencia canónica, dentro del amplio campo de las Ciencias Eclesiásticas o de las Ciencias Sagradas. Pero es indudable que las opciones legislativas no eximen a los estudiosos de la correspondiente justificación basada en argumentos científicos. Con esta opción parece legitimada normativamente la existencia de una «Teología del Derecho Canónico»; a la vez que parece distinguirse también entre la Teología y las disciplinas teológicas (comprendida también la Teología del Derecho Canónico), y la Ciencia Canónica y las diversas disciplinas jurídicas que estudian el Derecho Canónico.

Con las consideraciones que siguen me gustaría contribuir a perfilar un poco la nueva disciplina teológica, que también los estudiantes y los estudiosos del Derecho Canónico debemos estudiar y conocer; y situarla en el contexto de la Teología y de la Ciencia Canónica.

2. Las Ciencias Sacras: la Teología y las demás ciencias de la revelación y de la fe

Puesto que la nueva disciplina se denomina «Teología del Derecho Canónico», hay que situarla ante todo en el contexto de la Teología. Por tanto, me voy a referir primero a la Teología. Posteriormente, me referiré a la Teología del Derecho Canónico. Finalmente, también me gustaría referirme a la relación entre la Teología del Derecho Canónico y la ciencia canónica, en particular a aquellas disciplinas canónicas que, por ser más básicas y referirse más a los fundamentos de Derecho Canónico (como la llamada Teoría fundamental del Derecho Canónico, o el llamado Derecho Constitucional Canónico), pueden tener una mayor conexión con la Teología del Derecho Canónico.

La primera cuestión a la que me gustaría referirme es a la Teología en cuanto Ciencia. No se trata de recordar ahora las vicisitudes por las que ha atravesado la Teología, desde que surgió como Ciencia propiamente dicha en la Escolástica de la Baja Edad Media, hasta la actualidad en que aquella unidad que tenía (por ejemplo, en la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino) aparece como dividida en multitud de disciplinas bajo eso que se llama la gran «Enciclopedia Teológica».

Pero si pensamos en esta división que se ha ido produciendo, sobre todo desde la Edad Moderna hasta la actualidad, ¿se puede hablar hoy de la Teología como de una única Ciencia? ¿No habría que hablar más bien de las Ciencias de la Fe o de la Revelación, de las Ciencias Sagradas en general? ¿No habría que reservar el término Teología para aquella ciencia que, basándose en la Fe y en la Revelación (como las demás Ciencias Sacras), adopta precisamente la perspectiva unitaria, que es la perspectiva sapiencial? ¿No es la Teología sobre todo «Sabiduría Teológica» y, por tanto, aquella componente de las ciencias sagradas que adopta la perspectiva propiamente sapiencial, porque se refiere a la Causa Suprema, es decir, a Dios en sí mismo, y a Dios como principio y fin de todo el universo? ¿Son también Teología aquellas disciplinas que, a partir de la Fe y de la Revelación, abordan su objeto desde perspectivas o razones más particulares, y, por tanto, no desde esa razón suprema?

Naturalmente, el problema no es de nombres sino de realidad y contenidos. Por eso habrá que huir del nominalismo, y de los nominalismos, a la hora de plantear estas cuestiones.

Se han hecho clásicos los criterios escolásticos para distinguir la Teología como ciencia de otras disciplinas científicas. Acudiendo a la distinción entre objeto material y objeto formal, la Teología se distingue –como las demás ciencias– por

su objeto formal. Dado que la Teología puede estudiar a Dios y a todo el Universo, todas las realidades pueden ser objeto (material) de la Teología, y en esto no se distinguiría de cada una de las ciencias que estudian las diversas realidades existentes. Por tanto, la verdadera distinción se basaría en el ámbito formal.

Dentro del objeto formal se suele distinguir, a su vez, entre el llamado «objeto formal *quo*» y «objeto formal *quod*». Por «objeto formal *quo*» se entiende el medio por el cual se conoce, que en el caso de la Teología sería la «*ratio fide illustrata*», la razón iluminada por la Fe. Por «objeto formal *quod*» se entiende la «*ratio formalis sub qua consideratur*» el objeto material, es decir, la perspectiva formal desde la que se considera la materia de estudio. En el caso de la Teología, siguiendo a Santo Tomás de Aquino, se afirma que la Teología estudia su objeto «*ratione Deitatis*», es decir, desde la perspectiva de Dios, considerado en sí mismo, o como principio y fin de todo lo creado.

Aquí tenemos ya los criterios fundamentales, que se han hecho clásicos en la Teología Católica, para distinguir a la ciencia teológica de las demás ciencias o hábitos científicos.

De todo ello, me gustaría destacar lo siguiente. Por el «objeto formal *quo*» se distingue a la Teología, como hábito científico, del hábito de la fe. La Teología como ciencia se basa en las verdades de la fe (los «*articula fidei*»), pero se distingue del hábito de la fe –como mero asentimiento a la verdad creída– en que la Teología las estudia racionalmente; es la «*fides quaerens intellectum*», la fe que busca conocer a través del discurso racional. Por tanto, los artículos de la fe hacen de principio, a partir de los cuales la Teología elabora sus conclusiones y sus argumentos de razón. La ciencia teológica utiliza la «*ratio fide illustrata*».

Ahora bien, esto lo hacen también todas las ciencias que se basan en la fe y en la Revelación, como ocurre con la Ciencia Canónica y todas las demás Ciencias Sagradas. ¿Cabría distinguir entonces entre la Teología propiamente dicha y otras ciencias, que también pueden partir de la fe y de la Revelación? Aquí es donde parece jugar su papel el llamado «objeto formal *quod*».

Como antes decíamos, la Teología adopta una razón formal específica; considera su objeto material bajo una perspectiva formal propia, que es la razón formal más universal, la «*ratio Deitatis*». Todas las realidades (Dios y todos los seres creados), que pueden ser los objetos materiales de las demás ciencias, pueden ser también estudiados por la Teología (también, por tanto, la realidad del Derecho Canónico), pero lo hace bajo esta perspectiva, «*ratione Deitatis*», desde el punto de vista de Dios. Aunque el objeto propio de la teología es Dios (o mejor, su sujeto, como diría Tomás de Aquino), también puede estudiar todas las demás realidades, en cuanto que Dios es su primera Causa y su último Fin.

Estas relaciones entre el objeto material y el objeto formal de la Teología tienen dos consecuencias, que ahora me interesa resaltar. Primera: es perfectamente legítima una teología del Derecho Canónico, es decir, una disciplina cuyo objeto (material) sea el Derecho Canónico, y cuya perspectiva o razón formal bajo el que lo considera sea la razón teológica, «*ratione Deitatis*». Segunda consecuencia: la distinción entre diversas razones formales (objeto formal quod) hace posible que se pueda distinguir entre las ciencias que se basan en la fe, y la teología propiamente dicha. Si esta última estudia su objeto «*ratione Deitatis*», que es la razón formal más universal, podría distinguirse la Teología en sentido estricto, de otras ciencias basadas en la fe que estudian su objeto desde una razón particular, como es el caso de la Ciencia Canónica; ésta, a partir de la fe, estudia su objeto material (el Derecho Canónico) bajo una razón formal particular, «*ratione iuris Eclesiae*».

Según este planteamiento, tanto la Teología como la Ciencia Canónica se basan en la fe, y son, por tanto, Ciencias de la Fe y de la Revelación; pero se diferencian entre sí por sus distintas razones formales. La teología adopta la razón formal más universal y, a la vez, suprema; por eso, es una Ciencia que, a la vez, es sabiduría, y tiene una función sapiencial. La Ciencia Canónica adopta la perspectiva propia de una razón formal particular (no universal, ni suprema), que es la razón propia del Derecho Canónico, «*ratione iuris*», o mejor, «*ratione iuris Ecclesiae*»; la Ciencia Canónica es una Ciencia particular basada en la fe, pero no es sabiduría porque su razón formal no es universal. Si entre las Ciencias hay una jerarquía, también hay que decir que todas las Ciencias estarán subordinadas a la Ciencia Suprema, que adopta la razón formal más universal; en este sentido, la Ciencia Canónica está subordinada a la Teología, en cuanto Ciencia Suprema y Sabiduría.

3. Relaciones entre la Teología y la Ciencia Canónica como Ciencia Sacra

Este planteamiento nos lleva también a la cuestión de las relaciones entre las diversas ciencias sagradas o ciencias de la fe, y, en concreto, a las relaciones entre la Teología y la Ciencia Canónica. Si todas las ciencias sagradas conocen su objeto a través de la «*ratio fide illustrata*» (objeto formal *quo*), pero a la vez pueden distinguirse entre sí por su «objeto formal *quod*», entonces entre ellas debe haber una profunda unidad y armonía, basada en la distinción, pero sin separación. Han de existir entre ellas unas relaciones de coordinación y de subordinación, para preservar tanto la unidad como esa distinción sin separación. Todas las Ciencias de la fe tienen una estructura orgánica, como un árbol de las

Ciencias que, para crecer, necesita hacerlo de un modo armónico, a partir de una misma savia; o como un organismo, cuyas partes no pueden desmembrarse del conjunto; es así como crece también el conocimiento de las verdades de la fe, de un modo homogéneo.

Los criterios que han de regir estas relaciones son los ya apuntados. En primer lugar, si todas las Ciencias sagradas se basan en las fuentes de la Revelación, interpretadas auténticamente por el Magisterio de la Iglesia; si todas ellas establecen sus conclusiones de razón a partir de la fe; entonces, todas ellas deberán respetar ante todo la fe de la Iglesia, como los principios de los que se parte. En segundo lugar, dentro de las Ciencias Sacras, la Teología es la que realiza una función sapiencial, por referirse a la Causa Suprema y Universal, mientras que las demás se configuran mediante razones más particulares a la hora de conocer sus objetos respectivos.

Esto significa que, dentro de su orden propio y particular, cada una de las Ciencias Sacras puede tener una cierta autonomía, siempre que haga un uso correcto de sus propias competencias, en el ámbito de su especialidad y perspectivas formales; es decir, siempre que haga un buen uso de su razón particular a partir de la fe. Pero, a la vez, esa autonomía solo es relativa, y no absoluta. Además de respetar las verdades de la fe –que es su fundamento–, existen entre todas las Ciencias Sacras unas relaciones de coordinación entre sí, y de subordinación respecto a la Teología en su función sapiencial. Por su función sapiencial, la teología puede juzgar a todas las Ciencias, a la vez que ha de hacerlo respetando las competencias propias de cada una de ellas. En esto consiste la llamada subalternación o subordinación de todas las Ciencias en relación con la Teología, en cuanto Sabiduría Suprema.

Se podría añadir todavía que cuando se respetan las competencias mutuas entre las mismas Ciencias Sacras, se logran también las ventajas que lleva consigo la especialización, que es tan importante para el conocimiento científico en la actualidad; pero también es necesario que se respeten esas relaciones de coordinación y subordinación, para preservar la unidad y la concordancia entre las Ciencias de la fe. Todo ello se verá favorecido por los estudios interdisciplinares y el fomento de la interdisciplinariedad en la investigación.

Respecto a las relaciones entre la Teología y la Ciencia Canónica –dentro del conjunto de las Ciencias Sacras– sólo habrá que añadir que se trata de un caso particular, al que son aplicables todos los principios hasta ahora mencionados. En todo caso, habría que subrayar que, dado el alto grado de especialización de la Ciencia Canónica, son especialmente necesarias esas relaciones de coordinación y subordinación, de distinción y de unidad, que valen para todas las

Ciencias Sacras. También es especialmente interesante que se fomente la interdisciplinariedad entre teólogos y canonistas, al servicio de esa organicidad y complementariedad que tienen entre sí la Teología y el Derecho Canónico.

4. El objeto de la Teología del Derecho Canónico

Tras estas consideraciones generales sobre las relaciones entre la Teología y la Ciencia Canónica, es llegado el momento de abordar la cuestión de la nueva disciplina, la Teología del Derecho Canónico. Bajo esta denominación se mencionan ya los dos aspectos claves que conviene tener en cuenta: «Teología» y «Derecho Canónico». En cuanto «Teología», la nueva disciplina se sitúa en el ámbito de la ciencia teológica en razón de su «objeto formal *quod*», «*ratione Deitatis*»; en cuanto «Derecho Canónico», se hace referencia al objeto material de la nueva disciplina, que no es otro que el Derecho de la Iglesia, «*ius Ecclesiae*». Son estos dos criterios los que permitirán distinguir la «Teología del Derecho Canónico» de las demás disciplinas teológicas y canónicas. Por el objeto material se podrá distinguir de las demás disciplinas teológicas; por el objeto formal *quod* se distinguirá de las disciplinas canónicas. Quizá vale la pena detenerse en ello.

En primer lugar, el objeto material. La Teología del Derecho Canónico estudia el Derecho de la Iglesia; es un tratado teológico *de iure Ecclesiae,* o *de Ecclesia et iure.* No es un mero tratado *de Ecclesia* y, en este sentido, se diferencia de la Eclesiología. Ni es un mero tratado teológico *de iure* y, en este sentido, se diferencia de la «Teología del Derecho», a secas. Por tanto, al estudiar el Derecho de la Iglesia *–de iure Ecclesiae–,* como objeto material, se diferencia de todos las demás disciplinas teológicas, incluidas las que están más próximas a ella, como pueden serlo la Teología de la Iglesia (Eclesiología) o la Teología del Derecho –que se refiere al Derecho, en general, y no al Derecho de la Iglesia en particular–.

En cambio, el objeto material de la Teología del Derecho Canónico es el mismo que el de toda la ciencia canónica, que estudia también el Derecho de la Iglesia. Aquí es donde se requiere acudir a las razones formales –objeto formal *quod*– para distinguir ambos ámbitos científicos. Para distinguir entre la Teología del Derecho Canónico y la Ciencia Canónica no se puede acudir solo al objeto material de estudio, ni siquiera basándose en la distinción entre Derecho divino y Derecho humano. La Teología del Derecho Canónico no estudia solo el Derecho divino; aunque, como veremos, se interesa sobre todo por el elemento divino del Derecho, ya que lo estudia desde la perspectiva teológica; es decir, desde la «*ratio Deitatis*», la relación del Derecho de la Iglesia con Dios, como su principio y fin.

Pero también es objeto material de la Teología del Derecho Canónico el Derecho Canónico humano o meramente Eclesiástico, en cuanto el Derecho humano es también Derecho de la Iglesia, ya que, en realidad, son inseparables el Derecho divino y el Derecho humano.

Del mismo modo, tampoco se puede decir que a la Ciencia Canónica sólo le interese el Derecho Canónico humano, aunque trate sobre todo del Derecho humano o del elemento humano del Derecho; la razón es también la misma: la inseparabilidad entre Derecho divino y humano en el Derecho de la Iglesia.

Por tanto, la distinción entre la Teología del Derecho Canónico y la Ciencia Canónica no se ha de basar en el objeto material, sino en la diversa razón formal. La Teología estudia el Derecho de la Iglesia *ratione Deitatis*, y la Ciencia Canónica lo estudia *ratione iuris:* a partir de la fe y del misterio de la Iglesia, pero según el método jurídico.

Me voy a detener un poco más en esta perspectiva formal de la Teología del Derecho Canónico, porque puede ayudar mejor a caracterizar el contenido y razón de ser de la nueva disciplina.

5. La perspectiva formal de la Teología del Derecho Canónico

El «objeto formal quod» de la Teología del Derecho Canónico es la razón teológica, la «*ratio Deitatis*». Se trata, por tanto, de estudiar la relación entre el Derecho de la Iglesia y Dios, como primer principio y último fin. ¿En qué sentido es Dios primer principio y último fin del Derecho Canónico? Me parece que la cuestión se puede estudiar desde una triple perspectiva.

5.1. *El Derecho Canónico como objeto de la Revelación y de la fe*

En primer lugar, en cuanto que Dios es el autor de la Revelación y de todas las verdades reveladas en las que se basa y fundamenta el Derecho Canónico. Esto exige estudiar la relación del Derecho Canónico con la Revelación y la fe. Es la que podríamos llamar «cuestión epistemológica», y que conecta a la Teología del Derecho Canónico con la Teología Fundamental. Un problema importante que debería estudiarse en relación con esta cuestión es el problema de las relaciones entre el método teológico y el método jurídico. Este problema se puede estudiar en el ámbito de la Ciencia Canónica – así lo hace, por ejemplo, la llamada «Teoría fundamental del Derecho Canónico»–, pero se puede y debe estudiar también dentro del ámbito de la Ciencia Teológica. Si la Teología Fundamental es la disciplina teológica a la que corresponde el estudio de las relaciones entre

fe y razón, y, por tanto, entre la fe y las diversas ciencias y métodos científicos; entonces también debe ocuparse de las relaciones entre fe y Ciencia canónica, y entre fe y método jurídico. Esta sería la primera gran cuestión que correspondería estudiar a la Teología del Derecho Canónico.

5.2. *El tratado «De Ecclesia et iure» en perspectiva teológica*

En segundo lugar, el Derecho Canónico se relaciona con Dios, en cuanto que Dios es también el Fundador de la Iglesia y Autor de su Divina Constitución. La Iglesia del Derecho es también la Iglesia de Dios, fundada por su Hijo Jesucristo, el Mediador entre Dios y los hombres. El Derecho Canónico es, ante todo, una exigencia intrínseca del Misterio de la Iglesia. La Iglesia, que «está constituida y ordenada como una sociedad» (canon 205, 2, que recoge literalmente una cita de la Constitución conciliar «*Lumen Gentium*», n. 8), es también una comunión; esta noción de comunión no se entiende como un vago afecto, sino como una realidad orgánica que exige una «forma jurídica» (Nota Explicativa previa de la citada Constitución dogmática *Lumen Gentium*, n 2ª). Por tanto, el Derecho Canónico no es una superestructura de la Iglesia, sino un elemento intrínseco al Misterio de la Iglesia fundada por Cristo, la Iglesia de Dios. Este es el elemento divino del Derecho de la Iglesia al que alude básicamente la expresión «Derecho divino», entre otras posibles acepciones. Los principios del Derecho Canónico –el «*ius divinum*»– están insertos así en el Misterio de la Iglesia; de esta raíz proceden como fundamento de todo el Derecho Canónico. Esta es la cuestión de las relaciones entre Iglesia y Derecho, que conecta ahora a la Teología del Derecho Canónico con otra disciplina teológica, la Teología de la Iglesia o Eclesiología.

La relación entre el Misterio de la Iglesia y el Derecho Canónico es, en realidad, la gran cuestión que la Teología del Derecho Canónico tiene que estudiar. Y lo ha de hacer desde la perspectiva teológica, puesto que a toda la Ciencia Canónica le corresponde estudiarla también (cfr. «*Optatam totius*, n.16) aunque en este caso desde la perspectiva jurídica. En este sentido, la Teología del Derecho Canónico es ante todo un tratado *de Ecclesia et iure (de iure Ecclesiae)*, realizado desde la razón teológica, *ratione Deitatis*. Si la Iglesia es la Iglesia de Dios y el Derecho Canónico es una exigencia intrínseca del Misterio de la Iglesia, entonces los principios del Derecho Canónico –el llamado *ius divinum*– tienen también su fundamento en la Iglesia y tienen su Primer Principio y Causa Suprema en Dios.

Sin entrar ahora en la temática concreta de estos estudios sobre las relaciones entre el Derecho y el misterio de la Iglesia, que debe realizar la Teología del Derecho Canónico en perspectiva teológica, sí quisiera decir que el Magisterio del

Vaticano II y la Teología postconciliar le pueden prestar una ayuda inestimable. A modo de ejemplo, podríamos considerar la importancia de profundizar en las nociones claves de la Eclesiología postconciliar, tales como, la de Iglesia–Sacramento o la de Iglesia–Comunión; las nociones de Pueblo de Dios, Cuerpo de Cristo y Templo del Espíritu Santo; y así sucesivamente; teniendo en cuenta que de lo que se trata es de investigar las relaciones entre el Misterio de la Iglesia y el Derecho y, por tanto, en qué sentido esos aspectos del Misterio pueden fundamentar el Derecho Canónico como «ordo iuris» de la Iglesia.

Así es como caben también ulteriores desarrollos en la línea del objeto de estudio, *de iure Ecclesiae*. Piénsese, por ejemplo, en la noción de Iglesia como Comunión. La riqueza teológica de este concepto desborda por completo el ámbito de la Teología del Derecho Canónico, pero esta disciplina tendrá que ponerla en relación con el Derecho como «*res iusta*», y con las características propias del Derecho y de las relaciones jurídicas. Esto requerirá un desarrollo de las diversas dimensiones de la comunión en la medida en que tienen implicaciones jurídicas: así las relaciones entre comunión, comunidad y sociedad; la comunión en la fe, en los Sacramentos y en el régimen Eclesiástico; la comunión de fieles, la comunión jerárquica y la comunión de Iglesias; y así sucesivamente. Por tanto, lo que se trata de estudiar son los fundamentos teológicos del Derecho Canónico en el Misterio de la Iglesia, que es cosa distinta de la Eclesiología.

Podría añadirse todavía que la Teología del Derecho Canónico tendrá que estudiar estas cuestiones no solo de un modo especulativo, al modo de la Teología sistemática, sino que será necesario también un estudio de la llamada Teología positiva, es decir, a partir de las fuentes de la Revelación. El estudio de los fundamentos teológicos del Derecho Canónico en la Escritura, la Tradición y el Magisterio es una asignatura pendiente de las Ciencias Sacras. La nueva disciplina tendrá que hacer algo para llenar esta laguna científica y académica. De este modo, se intuye también la posible amplitud de la materia; y nos queda todavía por mencionar un último apartado para completar los que pueden ser temas de estudio de la nueva disciplina.

5.3. *El fin último del Derecho Canónico: «salus animarum, suprema lex»*

En tercer y último lugar, la Teología del Derecho Canónico deberá ocuparse también de la cuestión de Dios como fin último de la Iglesia y de su Derecho. Se trata de una cuestión que conecta con el principio clásico del Derecho Canónico: «*salus animarum suprema lex*». La cuestión puede estudiarse desde diversas perspectivas, y una de ellas es la teológica. Como cuestión teológica, esta ma-

teria sigue conectando con la Teología de la Iglesia: requiere un estudio de las relaciones entre el fin y la misión de la Iglesia, de una parte; y el fin del Derecho Canónico, de otra. Pero, a la vez, conecta también con cuestiones cuyo estudio compete más bien a la Teología Moral: cuando se trata del fin del Derecho se hace inevitable el estudio de las relaciones entre el orden jurídico y el orden moral.

En este último apartado habría que situar también la cuestión de las relaciones ente Derecho (Canónico) y justicia, y entre Derecho (Canónico) y caridad: el Derecho (Canónico) como objeto de la justicia, y el Derecho (Canónico) como exigencia de la caridad. Serían los tratados «*de iustitia et iure canonico*» y «*de caritate et iure canonico*» que, a mi juicio, corresponderían también a un Teología del Derecho Canónico de amplios vuelos y de carácter integral. De este modo, desempeñaría también su función sapiencial en relación con el Derecho Canónico: en cuanto Dios es fin último del Derecho, el orden jurídico (Canónico) está subordinado al orden moral.

Esta consideración de Dios como fin último del Derecho Canónico, cuyo estudio corresponde a la Teología del Derecho Canónico en su función sapiencial, habrá de hacerse de un modo articulado, a partir de las relaciones entre justicia y caridad, y sus respectivos objetos. Si el Derecho Canónico es el objeto de la justicia y Dios es el objeto y fin de la Caridad, el estudio de las relaciones entre justicia y caridad es un punto de apoyo para conocer la ordenación del Derecho (Canónico) a Dios. Esta ordenación es consecuencia de la primacía de la Caridad sobre todas las demás virtudes, a las que debe informar. En el ámbito del obrar humano informado por las virtudes cristianas, la justicia debe estar siempre informada por la Caridad y, por tanto, el Derecho (Canónico), en cuanto objeto de la justicia, debe estar siempre ordenado a Dios, que es el objeto último de la Caridad. En el ejercicio de estas virtudes es donde se manifiesta, en el orden práctico, la subordinación del orden jurídico (Canónico) al orden moral. La llamada «equidad canónica» –que no es otra cosa que la justicia informada por la Caridad– y el principio de la «*salus animarum suprema lex*» son la expresión clásica de las relaciones entre la justicia y la caridad, entre el Derecho (Canónico) y Dios como fin último del orden jurídico y del orden moral.

6. La ciencia canónica y su objeto propio. El método jurídico

Después de analizar el objeto propio de la Teología del Derecho Canónico y las diversas cuestiones que le corresponde estudiar, quisiera dedicar todavía un último apartado a lo que debe ser objeto de la Ciencia Canónica propiamente dicha. En particular, me gustaría detenerme en la consideración de dos

disciplinas canónicas, la llamada «Teoría fundamental del Derecho Canónico» y el «Derecho Constitucional Canónico». Por su carácter más básico, estas dos disciplinas se refieren también a los fundamentos del Derecho Canónico, pero, a diferencia de la Teología del Derecho Canónico, lo hacen desde la perspectiva jurídica, *ratione iuris (Ecclesiae)*.

Según los criterios ya establecidos más arriba, la Ciencia Canónica –la que algunos llaman también Canonística– es una Ciencia que se basa en la Revelación y en la fe (objeto formal quo), y forma parte en este sentido del amplio conjunto de las Ciencias Sacras o Ciencias de la fe. En esto no se diferencia de la Teología. Coincide también con la Teología del Derecho Canónico en el estudio de un mismo objeto material: el Derecho de la Iglesia. La diferencia entre la Ciencia Canónica y la Teología –en particular, la Teología del Derecho Canónico– se basa en su diversa perspectiva formal, es decir, la «*ratio formalis sub qua*» considera al Derecho de la Iglesia (objeto formal quod). A diferencia de la Teología, que considera a la Iglesia y al Derecho Canónico *ratione Deitatis,* la Ciencia canónica los considera precisamente *ratione iuris,* desde la óptica propiamente jurídica; por eso utiliza para su estudio el método jurídico, basado, eso sí, en la Revelación y en la fe.

Por su necesidad de basarse en la Revelación, la Ciencia Canónica debe tener en cuenta también el Misterio de la Iglesia, como lo hace la Teología del Derecho Canónico. Pero la Ciencia Canónica estudia el Misterio de la Iglesia *ratione iuris,* desde el punto de vista jurídico: considera el Misterio de la Iglesia, y, eventualmente, todos los Misterios de la fe, desde la *ratio iuris,* que es una razón particular, y no la razón universal y suprema propia de la razón teológica *(ratio Deitatis).* La razón jurídica se interesa, tanto por el Derecho Canónico en sí mismo *(quid ius?),* como por el Derecho Canónico en cuanto orden jurídico concreto *(quid iuris?).* A la Ciencia Jurídica y a la Ciencia Canónica les interesa el Derecho en cuanto «*res iusta*» que debe realizarse en una determinada sociedad. Por eso, la Ciencia Canónica es una ciencia práctica, cuya finalidad es la realización de lo justo en la Iglesia; el orden social justo en el Pueblo de Dios; el orden justo de la *Communio ecclesiastica*.

La *ratio iuris* investiga el Misterio de la Iglesia como fundamento del Derecho Canónico: a partir de sus principios (el Derecho divino), como premisas de las que extrae sus conclusiones, teniendo en cuenta todas las circunstancias concretas en las que se despliega el Derecho de la Iglesia. Utiliza para ello conceptos, juicios y razonamientos específicos, en orden a la finalidad que se propone. Pero ese modo de proceder, a partir de unos principios según una argumentación jurídica, es propio del método jurídico.

El método jurídico es, pues, el instrumento que utiliza la Ciencia Canónica para investigar el Misterio de la Iglesia, y extraer de allí los principios *(ius divinum)* en que se basa el Derecho Canónico; con el mismo método estudia todo el Derecho Canónico, y cada una de sus partes; las diversas fuentes jurídicas; y las relaciones jurídicas, instituciones y normas que de ellas derivan; estudia también la aplicación y ejecución del Derecho Canónico, en orden a la realización de lo justo dentro de la Iglesia.

Se comprende, así, que el objeto y el campo de acción de la Ciencia Canónica sea muy extenso y, a la vez, muy especializado. La extensión de la Ciencia Canónica ha hecho necesaria una división en diversas partes o ramas del conocimiento. Han surgido así las diferentes especialidades, con sus correspondientes objetos materiales y formales más específicos, dentro del marco común de una misma Ciencia general del Derecho Canónico. Para algunos se trata de partes de un mismo sistema, y, para otros se trata de ramas científicas, dotadas de principios y conclusiones propias, con una cierta autonomía dentro del entero sistema Canónico. Entre esas partes o ramas del Derecho Canónico se encuentran la Teoría Fundamental del Derecho Canónico, el Derecho Constitucional Canónico, el Derecho de la Organización Eclesiástica, el Derecho Administrativo Canónico en sus diversas especialidades, el Derecho Matrimonial Canónico, el Derecho Procesal, el Derecho Penal, etc.

7. La teoría fundamental del Derecho Canónico y el Derecho Constitucional Canónico

Para terminar de perfilar el objeto de la Ciencia Canónica y sus diferencias con la Teología del Derecho Canónico, me parece que podría ser útil una alusión a la llamada «Teoría fundamental del Derecho Canónico» y al «Derecho Constitucional Canónico».

Ante todo hay que decir que lo que diferencia a la Teología del Derecho Canónico de esas dos disciplinas canónicas es lo mismo que la diferencia de toda la Ciencia Canónica, de la que esas dos disciplinas son partes o ramas; es decir, tanto la Teoría fundamental del Derecho Canónico como el Derecho Constitucional estudian su objeto según la razón formal propia del Derecho, *ratione iuris*. Sin embargo, ambas disciplinas se refieren a los principios y fundamentos del Derecho Canónico –en particular al *ius divinun*– y, en ese sentido, su objeto material coincide también con el propio de la Teología del Derecho Canónico. La diferencia, por tanto, se basa en el llamado «objeto formal *quo*».

Según los autores que, hasta ahora, más se han ocupado de las bases científicas de la «Teoría fundamental del Derecho Canónico» –Hervada, Viladrich, Errázuriz–, esta disciplina se diferencia de las demás disciplinas o ramas de la Ciencia Canónica en que estudia su objeto material –el Derecho de la Iglesia– a nivel ontológico. Estudia, por tanto, los principios del Derecho Canónico –*el ius divinum*– como lo hace también la Teología del Derecho Canónico, pero los estudia desde la perspectiva jurídica y según el método jurídico; en orden a la finalidad que es propia de la Ciencia Canónica, como ciencia práctica que tiende a la realización del Derecho y de lo justo. El estudio del *ius divinum* y de los principios del Derecho Canónico requiere una investigación sobre el misterio de la Iglesia y, en este sentido, coincide también con la Teología del Derecho Canónico. Pero la Teología estudia el *ius divinum* y el misterio de la Iglesia *ratione Deitatis*, según la perspectiva teológica, por su relación con Dios como principio y fin de todo el Derecho de la Iglesia. Esta es la diferencia principal.

En cuanto al Derecho Constitucional Canónico, se trata también de una parte o rama de la Ciencia Canónica. Su objeto material puede coincidir con el de la Teología del Derecho Canónico y con el de la Teoría fundamental del Derecho Canónico, pues estudia también el *ius divinum* y los principios del Derecho Canónico. Lo hace, sin embargo, desde una perspectiva propia: utiliza la razón formal propia del Derecho y utiliza el método jurídico. El Derecho Constitucional Canónico estudia el *ius divinum* desde la perspectiva jurídica: en esto se diferencia de la Teología del Derecho Canónico. Y lo estudia en cuanto que los principios del *ius divinum* y las normas fundamentales que de él proceden –que son sus conclusiones más próximas– son constituyentes y constitutivas de todo el Derecho Canónico: en esto se diferencia de la Teoría Fundamental del Derecho Canónico, que también utiliza el método jurídico.

Por lo demás, el carácter específico del Derecho Constitucional Canónico respecto a otras disciplinas canónicas se debe basar, a mi juicio, en la primacía del *ius divinum* sobre el Derecho Canónico humano. El Derecho Constitucional estudia los principios del *ius divinum*, y estudian también sus conclusiones próximas e inmediatas, que son como las normas fundamentales de todo el Derecho Canónico; estudia también la *canonizatio* de esos principios y normas fundamentales, es decir, su recepción en el Derecho Canónico vigente; en este sentido, el Derecho Constitucional Canónico es, a la vez, Derecho divino y Derecho humano; por eso, su objeto no se limita sólo al *ius divinum*, y en esto coincide con las otras disciplinas canónicas. Sin embargo, el Derecho Constitucional estudia esos principios y normas fundamentales en lo que tienen de constituyentes y constitutivos para todo el Derecho Canónico; es decir, en cuanto que son las bases

fundamentales, los criterios hermenéuticos, y las cláusulas límites para todo el Derecho de la Iglesia; en eso consiste la función de lo que podría llamarse principio de Constitucionalidad, como expresión de la supremacía de los principios y normas fundamentales sobre el resto del Derecho Canónico.

El Derecho Constitucional Canónico estudia, por tanto, los principios del Derecho divino en cuanto principios Constitucionales, es decir, en cuanto constituyentes y constitutivos de todo el orden Canónico; y también estudia esos principios y normas fundamentales en cuanto canonizados y formalizados, es decir, convertidos en principios y normas jurídicas del orden Canónico vigente. Es cierto que esas normas fundamentales en cuanto tales son normas generales e indeterminadas, que necesitan la determinación y concreción propia del Derecho humano positivo; estas determinaciones y concreciones –que podríamos llamar «meramente eclesiásticas»– no son ya Derecho Constitucional y, por tanto, no podrían invocar en su favor la primacía del Derecho Constitucional. En cambio, las normas fundamentales que son conclusiones del *ius divinum*, siendo ya normas de Derecho humano, por exigir el uso de razón y el discurso racional para su elaboración, son todavía de Derecho divino por participación –como participan las conclusiones de los principios– y, en ese sentido, participan también de la fuerza imperativa y de la primacía del *ius divinum* sobre el Derecho humano. El Derecho Constitucional Canónico es, a la vez, Derecho divino y humano; pero también el Derecho Constitucional humano es Derecho divino virtualmente –*radicaliter*– y por participación. En cuanto que participa de la *vis* imperativa del *ius divinum*, el Derecho Constitucional tiene primacía sobre todo el resto del Derecho Canónico: este es el principio de Constitucionalidad.

En esta misma línea, se puede decir que el Derecho divino es de institución divina en cuanto a su sustancia (porque su autor es Dios); pero, en cuanto a su forma canónica de expresión, está unido a un elemento humano. En cuanto a su sustancia es inmutable y permanente; en cuanto a su forma canónica puede cambiar y modificarse, para formalizarlo cada vez mejor tanto respecto a sus principios como respecto a las conclusiones. El Derecho Constitucional Canónico es esa formulación humana –canonización– de los principios y conclusiones próximas y más fundamentales del *ius divinum.*

En resumen, existen una serie de conexiones entre estas disciplinas, pero también hay diferencias entre ellas. En el caso del Derecho Constitucional Canónico, esas conexiones y diferencias se dan, en primer lugar, respecto a la Teología del Derecho Canónico; y, en segundo lugar, en relación con la Teoría Fundamental del Derecho Canónico y demás ramas de la Ciencia Canónica.

8. Conclusión

Como decía al comenzar la segunda parte de este estudio, la incorporación de la Teología del Derecho Canónico al nuevo plan de estudios de las Facultades de Derecho Canónico es una gran ocasión para profundizar en las grandes cuestiones que afectan a los fundamentos del Derecho de la Iglesia. Será necesario estudiar de nuevo las relaciones entre la Teología y el Derecho Canónico, así como la cuestión metodológica. Será una de las maneras de seguir investigando y enseñando el Derecho Canónico como quería el Concilio Vaticano II: con la mirada puesta en el Misterio de la Iglesia (Decreto *Optatum totius,* n. 16). Una mirada que admite perspectivas diversas, pero complementarias: las propias de la razón teológica y de la razón jurídica.

De ahí derivará un conocimiento más profundo del Derecho Canónico que ayudará a evitar aquellos errores del positivismo jurídico, de los que no están exentos tampoco los canonistas. Cabe esperar de quienes cultiven la nueva disciplina que lo hagan con seriedad y con rigor, lo que exigirá unos buenos conocimientos tanto de la Teología como del Derecho Canónico. Para ello será necesario una buena selección de los profesores que hayan de explicar esta materia, cuya formación no podrá improvisarse. Desde estas páginas deseo los mejores frutos a la nueva disciplina, a la vez que ofrezco estas consideraciones como una pequeña contribución a sus primeros desarrollos.

3

LA ECLESIOLOGÍA DEL CONCILIO VATICANO II Y EL DERECHO CANÓNICO*

Sumario: 1. Complementariedad entre el Concilio Vaticano II y los dos códigos de Derecho Canónico. 2. Disciplinas teológicas y método canónico. 3. Algunos elementos esenciales de la «novedad eclesiológica» del Vaticano II. 3.1. *La Iglesia como misterio, sacramento y comunión.* 3.2. *La Iglesia, pueblo de dios, cuerpo de Cristo y templo del espíritu santo.* 4. Magisterio y gobierno eclesiástico en la formalización, interpretación y aplicación del Derecho Canónico. 5. La sistemática del código de Derecho Canónico y la eclesiología conciliar. 5.1. *Carácter central del libro II del código como derecho del pueblo de Dios y de la comunión eclesiástica.* 5.2. *Los «tria munera» en la sistemática del código.* 6. los fieles cristianos. 6.1. *El estatuto jurídico de los fieles.* 6.2. *El estatuto jurídico de los laicos.* 7. La constitución jerárquica de la Iglesia. 7.1. *La suprema autoridad de la Iglesia: el Romano Pontífice y el colegio episcopal.* 7.2. *La Iglesia particular.* 7.3. *Las prelaturas personales.* 7.4. *Las conferencias episcopales.* 8. Conclusión.

1. Complementariedad entre el Concilio Vaticano II y los dos Códigos de Derecho Canónico

Un estudio completo a cerca de la influencia del Concilio Vaticano II en el Derecho Canónico exigiría una investigación más profunda y extensa de lo que se puede decir en unas cuantas páginas. Aquí solo podemos ofrecer una visión de conjunto y hacer un resumen del tema.

Entre los estudiosos del Derecho Canónico y entre quienes se dedican a la aplicación del Derecho de la Iglesia existe una conciencia clara de esa influencia, y se admite comúnmente que el Derecho Canónico juega un importante papel en la recepción del Concilio en la vida de la Iglesia. Dicho de otro modo, la recepción del Concilio está muy ligada a la recepción del Derecho y, en particular, a la recepción de los dos Códigos de Derecho Canónico para la Iglesia Latina y Oriental. Por supuesto, la doctrina del Concilio no se agota en su recepción en la normativa canónica, pues su contenido es muy rico y se refiere también a otros

(*) Publicado en «Seminarium», XLIII, 1-2, 2003, 71-102.

campos de la vida de la Iglesia y de la vida cristiana que no serán objeto de estas páginas.

Para darse cuenta de la importancia del Concilio Vaticano II para el Derecho Canónico posterior, hay que partir de la singularidad del Vaticano II con respecto a otros Concilios Ecuménicos celebrados en la historia de la Iglesia. Por primera vez en la historia bimilenaria de la Iglesia un Concilio ha tratado de la Iglesia en sí misma, y lo ha hecho también de un modo amplio y completo, tal como se manifiesta en sus Actas y documentos. También por primera vez en la historia de la Iglesia y del Derecho Canónico, ha sido voluntad del Papa convocante y del Concilio mismo que la doctrina conciliar inspirase la reforma de toda la legislación eclesiástica, comenzando por la de sus principales Cuerpos legislativos, el Código para la Iglesia Latina y el cuerpo legal para la Iglesia Católica Oriental. Desde que el Papa Juan XXIII anunció la convocatoria del Concilio Vaticano II y la reforma del Código de Derecho Canónico, se fue tomando conciencia, cada vez con más claridad, de que el nuevo Código de Derecho Canónico (incluido también el Código para la Iglesia Oriental) habría de ser como un complemento y coronación del Concilio.

La elaboración, redacción y promulgación de ambos Códigos, y también de otras importantes leyes para la Iglesia Universal, se ha realizado –de un modo muy claro– como una consecuencia de esta toma de conciencia. De ahí, esa unidad natural que forman entre sí las Actas del Concilio y el Derecho contenido en el nuevo «*Corpus Iuris Canonici*».

De todo lo dicho se deduce lo importante que es conocer muy bien la doctrina del Vaticano II y, en particular su eclesiología, para conocer y aplicar el actual Derecho Canónico. Viene exigido por esa continuidad y complementariedad existente entre Concilio y Códigos de Derecho Canónico (y, en su caso, otros textos legales). Desde el punto de vista práctico, ello exige una relectura continua y comparada de ambas fuentes del Magisterio y del Derecho. El estudio y aplicación del actual Derecho Canónico ha de llevar también al estudio y comprensión cada vez más profunda de esas fuentes en los principales documentos que se contienen; respecto al Concilio, su doctrina eclesiológica se contiene en particular en la Constitución dogmática «*Lumen Gentium*», pero sin olvidar otros documentos complementarios que la desarrollan en algunos de sus aspectos; piénsese, por ejemplo, en la importancia que tienen para el Derecho la Constitución Pastoral «*Gaudium et Spes*»; o los Decretos «*Christus Dominus*», «*Presbyterorum ordinis*», «*Apostolicam actuositatem*», «*Perfectae caritatis*», «*Orientalium Ecclesiarum*», «*Ad gentes*» y «*Unitatis redintegratio*»; y, por último, la Declaración «*Dignitatis humanae*». Respecto a las fuentes del Derecho Canónico,

tiene particular importancia el estudio de ambos Códigos, para la Iglesia Latina y Oriental, y el estudio de algunas otras fuentes extra codíciales, como puede ser la Constitución Apostólica «*Pastor Bonus*», donde se regula la Curia Romana.

2. Disciplinas teológicas y método Canónico

A esta necesidad responde la indicación metodológica contenida en el Decreto Conciliar «*Optatam totius*», n. 16, cuando se refiere a cómo han de enseñarse lo que el Concilio denomina «disciplinas teológicas»; todas ellas, ante todo, «han de enseñarse, a la luz de la fe, bajo la dirección del Magisterio de la Iglesia». Al referirse en concreto al Derecho Canónico, el Concilio dispone que «se tenga en cuenta el misterio de la Iglesia, de acuerdo con la Constitución dogmática *De Ecclesia* promulgada por este santo Concilio». Naturalmente, el estudio y exposición del Derecho Canónico según el Misterio de la Iglesia, de acuerdo con la Constitución «*Lumen Gentium*», no puede hacerse considerando aisladamente esa Constitución, sino teniendo también en cuenta los otros documentos del Concilio que la contextualizan y la desarrollan orgánicamente. Pienso, además, que la lectura y meditación directa de estos textos conciliares no puede ser suplida por la de sus comentarios que, si son buenos, pueden ayudar a comprender mejor esos textos, pero nunca liberan de la necesidad de leerlos directamente para hacerse cargo de su contenido auténtico.

Por otra parte, cada disciplina teológica, aunque estudie su objeto a la luz de la fe, tiene su propio método de investigación y docencia. En el caso del Derecho Canónico se trata de una Ciencia que utiliza el método jurídico y, por tanto, estudia su objeto según las formalidades propias del método jurídico, puesto siempre al servicio de la Iglesia, y con una *ratio* que habrá de estar siempre informada por la fe y la Revelación.

Pienso que todo ello debería tenerse en cuenta también al estudiar el Derecho Canónico en los diversos centros de formación y de estudios, sea en los Seminarios, sea en las Universidades. Las diversas disciplinas teológicas deberían atenerse a los métodos propios, para evitar la confusión que engendraría una mezcolanza indiscriminada que no respetase las exigencias reales de los objetos respectivos. Los planes de estudios correspondientes a los diversos Ciclos Académicos deben tener en cuenta también esas exigencias metodológicas de las diferentes Ciencias Sagradas. Esa diversidad pondrá de manifiesto una armonía que se basa en la unidad orgánica entre todos ellos; una unidad en la diferencia. Unidad que se basa en la fe y en la Revelación como formalidad última que los determina a todos ellos; diferencia que se basa en la diversidad de objetos y de

métodos de estudio y exposición. Es así como se distinguen la Sagrada Escritura, la Teología Dogmática, la Teología Moral, el Derecho Canónico, la Historia Eclesiástica y la Sagrada Liturgia, por citar aquellas disciplinas a las que se refieren las indicaciones metodológicas del citado Decreto «*Optatam totius*».

3. Algunos elementos esenciales de la «novedad eclesiológica» del Vaticano II

El Concilio Vaticano II ha podido hacer una reflexión sobre la Iglesia que le ha permitido sacar del rico tesoro de la tradición cosas viejas y cosas nuevas. Lo dice el Papa Juan Pablo II en la Constitución Apostólica «*Sacrae disciplinae legis*», por la que promulga el Código de Derecho Canónico para la Iglesia latina. De ese tesoro deriva la doctrina eclesiológica del Concilio. Entre los elementos esenciales que manifiestan la verdadera y propia imagen de la Iglesia, el Papa apunta principalmente los siguientes: la Iglesia, entendida como Pueblo de Dios, y la autoridad jerárquica como un servicio; la doctrina que muestra a la Iglesia como «comunión» y en virtud de ella establece las mutuas relaciones entre la Iglesia Universal y Particular, y entre colegialidad y primado; la doctrina de la participación de todos los fieles, como miembros del Pueblo de Dios, en el triple «*munus*» sacerdotal, profético y real de Cristo; doctrina con la que enlaza la que se refiere a los deberes y derechos de los fieles, especialmente de los laicos; por último, el empeño que debe poner la Iglesia en el Ecumenismo.

En estos y en otros elementos consiste la «novedad eclesiológica» del Concilio, que el Código de Derecho Canónico debe también acoger, adaptándose a ella en la materia que le es propia y según el método peculiar del Derecho.

Quisiera dedicar algunas de las páginas que siguen a glosar algunos de estos aspectos.

3.1. *La Iglesia como Misterio, Sacramento y Comunión*

Como es sabido, el Vaticano II ha querido presentar ante todo a la Iglesia como *Misterio*. Así se titula el primer capítulo de la Constitución dogmática «*Lumen Gentium*». Para el Concilio, la Iglesia es un misterio, referido, a su vez, al misterio de Cristo. Cristo es el Misterio y Sacramento primordial, del que participa también la Iglesia, su Cuerpo Místico. Según el Concilio «la Iglesia es en Cristo como un Sacramento, o sea signo e instrumento de la unión íntima con Dios y de la unidad de todo el género humano». El Misterio de Cristo nos con-

duce al misterio de la Iglesia, que aparece como un Sacramento de la Comunión de los hombres con Dios y entre sí.

La consideración de la Iglesia como misterio impide que se pueda pensar que sus diversas imágenes puedan agotar la riqueza de significados que se encuentran en su naturaleza y misión. Esto vale con mayor razón para aquellas imágenes o figuras que puede utilizar el Derecho y la Ciencia Canónica al elaborar sus propios conceptos y categorías conforme al método jurídico. Las nociones jurídicas, por su propia naturaleza, sólo pueden referirse a la dimensión externa y social de la Iglesia y, por tanto, no agotan el significado de las imágenes y figuras que la Iglesia utiliza. El canonista y la Ciencia Canónica han de ser siempre conscientes de esta limitación, cuya aceptación requiere sin duda una actitud de modestia y humildad.

En este sentido, la consideración de la Iglesia como *Sacramento* sirve de soporte al Derecho Canónico. El concepto de Sacramento pone de manifiesto el carácter de signo e instrumento de la Iglesia y, por tanto, su dimensión visible y externa, de las que es un elemento esencial e intrínseco el orden jurídico. Aunque el Vaticano II no ha tratado de modo directo del lugar del Derecho Canónico en la Iglesia, lo ha considerado de modo implícito, al referirse a la doble dimensión interna y externa de la Iglesia, comunidad y sociedad a la vez. Comparándola, por una notable analogía, con el Verbo Encarnado, el Concilio afirma que «así como la naturaleza asumida sirve al Verbo divino como de instrumento vivo de salvación unido indisolublemente a Él, de modo semejante la articulación social de la Iglesia sirve al Espíritu Santo, que la vivifica» («*Lumen Gentium*», n. 8). Siendo el Derecho un elemento esencial intrínseco a esa articulación social de la Iglesia, «constituida y ordenada como una sociedad en este mundo» (*Ibíd*.) también participa de la sacramentalidad de la Iglesia como instrumento universal de salvación.

Por otra parte, la Iglesia es también *Comunión*. La eclesiología de Comunión es la idea central en los documentos del Concilio Vaticano II, según la «*relatio finalis*» del Sínodo de los obispos convocado con motivo del XXV aniversario del Concilio Vaticano II. Pero según la Nota Explicativa previa 2ª de la Constitución «*Lumen Gentium*», la noción de comunión no se entiende «como un vago afecto sino como una realidad orgánica, que exige una forma jurídica, y que, a la vez, está animada por la caridad». Por tanto, el Derecho se entiende como una dimensión necesaria de la «*communio ecclesiastica*» y una exigencia también de la Caridad. El Derecho Canónico es precisamente el orden jurídico de esa comunión eclesiástica, el orden de esa estructura orgánica que es la comunión.

La Eclesiología del Concilio Vaticano II se ha referido a algunas dimensiones importantes de la comunión, con una indudable relevancia jurídica. Veámoslas:

a) *«Communio fidelium»*

El Concilio considera en primer lugar a la Iglesia como una *comunión de fieles*, la comunión de aquellas personas que por la fe y el bautismo se han incorporado a la Iglesia. Se refiere también a las condiciones para que esa incorporación sea plena: «A esta sociedad de la Iglesia están incorporados plenamente quienes, poseyendo el Espíritu de Cristo, aceptan la totalidad de su organización y todos los medios de salvación establecidos en ella, y en su cuerpo visible están unidos con Cristo, el cual la rige mediante el Sumo Pontífice y los Obispos, por los vínculos de la profesión de fe, de los sacramentos, del gobierno y comunión eclesiástica» (*«Lumen Gentium»*, n. 14). Este texto ha sido recibido en el canon 205 del Código de Derecho Canónico. Aunque en el canon se matiza que se trata de la plena comunión con la Iglesia Católica *«his in terris»*, y ha prescindido en consecuencia del inciso conciliar *«Spiritum Christi habentes»*, la vinculación entre los dos textos –del Concilio y del Código– es evidente en este punto importantísimo de la *«communio ecclesiastica»*.

La participación de los fieles en la triple función sacerdotal, profética y real de Cristo, la trata el Concilio explícitamente al hablar de los laicos: «es decir, los fieles que, en cuanto incorporados a Cristo por el bautismo, integrados al Pueblo de Dios y hechos partícipes a su modo, de la función sacerdotal, profética y real de Cristo, ejercen en la Iglesia y en el mundo la misión de todo el pueblo cristiano en la parte que a ellos corresponde» (*«Lumen Gentium»* n. 31). Texto que ha servido al Código de Derecho Canónico para describir la condición de fiel, al comienzo del libro II, en el canon 204 § 1. La posición de este canon, al comienzo del libro sobre el Pueblo de Dios, le da un carácter emblemático en relación con todo el Derecho codicial y, por tanto, en relación con todo el Derecho Canónico.

De modo semejante ocurre en el Código de cánones de las Iglesias Orientales, cuyo canon 7 § 1 –situado al comienzo del Título I de dicho Código– describe en los mismos términos de su homólogo latino la condición de fiel.

La condición de fiel, tal como la entiende el Concilio Vaticano II, asume un significado programático para todo el Derecho de la Iglesia. El estatuto jurídico de los fieles y de los laicos, novedad en ambos códigos –de la Iglesia Latina y Oriental–, es una de sus consecuencias más destacadas.

b) *«Communio hierarchica»*

El Concilio se refiere también a la Iglesia como *«comunión jerárquica»*. Como es sabido, se trata de una expresión acuñada por el propio Magisterio conciliar para referirse ante todo a la comunión que se requiere para formar parte como

miembro del Colegio Episcopal: «Uno es constituido miembro del Cuerpo Episcopal en virtud de la consagración sacramental y por la comunión jerárquica con la cabeza y con los miembros del colegio». («*Lumen Gentium*», n. 22). La comunión jerárquica tiene, pues, un fundamento sacramental en el Sacramento del Orden, y es también condición para la incorporación al Colegio Episcopal. Por otra parte, las relaciones entre la Cabeza y los miembros del Colegio Episcopal se han de regir siempre por esta comunión jerárquica. La Nota Explicativa previa 2ª de la «*Lumen Gentium*» explica cómo debe entenderse el significado de esta expresión, tan importante también desde el punto de vista jurídico para entender las relaciones entre Primado y Episcopado en el Seno del Colegio.

Tanto el Código latino como el Código oriental se hacen eco de esta realidad en los cánones que tratan del Romano Pontífice y del Colegio Episcopal. Por una parte, «el Romano Pontífice al ejercer su oficio de Pastor Supremo de la Iglesia se haya siempre unido por la comunión con los demás obispos e incluso con toda la Iglesia» (canon 333 § 2, del Código de Derecho Canónico, y canon 45 § 1 del Código de cánones de las Iglesias Orientales). Por otra parte, el Colegio Episcopal es también sujeto de la potestad suprema de la Iglesia «en unión con su cabeza y nunca sin esa cabeza» (canon 336 del Código Latino, y canon 49 del Código Oriental).

c) *«Communio Ecclesiarum»*

Finalmente, la doctrina conciliar se refiere a la «*Communio ecclesiarum*» como otra dimensión de la comunión eclesiástica. Como es sabido, el Concilio no ha abordado de modo directo el tema de la Iglesia particular, pero ha puesto las bases y ha dado impulso a una Eclesiología de la Iglesia particular. Precisamente al tratar de las relaciones entre los Obispos dentro del Colegio, la Constitución «*Lumen Gentium*» ha abordado también las relaciones entre la Iglesia Universal y las Iglesias particulares. Las Iglesias particulares son concebidas «a imagen de la Iglesia Universal, en las cuales y a base de las cuales se constituye la Iglesia Católica, una y única» («*Lumen Gentium*», n. 23). Por eso, afirma que los Obispos, «rigiendo bien la propia Iglesia como porción de la Iglesia Universal, contribuyen eficazmente al bien de todo el Cuerpo Místico, que es también el Cuerpo de las Iglesias» (Ibídem). La recepción de esta doctrina en el Derecho Canónico se ha llevado a cabo de diversos modos, pero ha tenido un influjo muy directo en cánones de gran importancia doctrinal y práctica, como pueden ser los cánones 368, 369 y 392 del Código para la Iglesia latina y los cánones 177 y 201 del Código para las Iglesias Orientales.

d) *Ecumenismo*

La noción de comunión ha sido también muy utilizada por la Eclesiología del Vaticano II para referirse al Ecumenismo. Por una parte, se reconoce que la Iglesia «está unida por muchas razones con quienes, estando bautizados, se honran con el nombre de cristianos, pero no profesan en su totalidad o no guardan la unidad de comunión bajo el sucesor de Pedro» («*Lumen Gentium*», n. 15). La Iglesia considera que todos estos «que creen en Cristo y recibieron debidamente el bautismo, están en una cierta comunión con la Iglesia Católica, aunque no perfecta» («*Unitatis redintegratio*», n. 3). Por otra parte, en honor a la verdad, se reconoce también que «tanto en materia doctrinal y a veces también disciplinar como en lo referente a la estructura de la Iglesia, se oponen no pocos obstáculos, a veces bastante graves, a la plena comunión eclesiástica, los cuales intenta superar el movimiento ecuménico» (Ibídem). A partir de esa «cierta comunión», aunque no se trate de una «perfecta comunión» o «plena comunión», el Concilio propone medidas para fomentar el Ecumenismo que, entre otras cosas, se manifiesta en el respeto a «las varias formas de vida espiritual y de disciplina» (Ibídem, n. 4); a la vez, invita especialmente a la oración en común, que no excluye, guardando las debidas condiciones, la «*communicatio in sacris*» (Ibídem. n. 8). Las consecuencias normativas de esta doctrina se han reflejado en los dos códigos de Derecho Canónico, en particular en los cánones 11 y 844 del Código Latino y en los cánones 670-671 y 1490 del Código Oriental; sin dejar de mencionar los dos títulos completos –XVII y XVIII– que el Código para las Iglesias Orientales dedica, respectivamente, a la cuestión de la plena comunión con los bautizados acatólicos, y a la cuestión del Ecumenismo y fomento de la unidad de los cristianos.

e) *La Iglesia, Pueblo de Dios, Cuerpo de Cristo y Templo del Espíritu Santo*

Además de referirse a la Iglesia como Misterio, Sacramento y Comunión, la Eclesiología del Vaticano II ha utilizado de modo relevante la noción de Pueblo de Dios y, en conexión con ella, las de Cuerpo de Cristo y Templo del Espíritu Santo. También el Catecismo de la Iglesia Católica, desarrollando y continuando el Magisterio Conciliar, se ha hecho eco de esas tres imágenes de la Iglesia y trata de cada una de ellas, poniéndolas en conexión con el Misterio Trinitario y con cada una de las Personas de la Santísima Trinidad. La Iglesia se manifiesta así como imagen de la Trinidad; y la comunión eclesiástica, en cuanto comunión de los hombres con Dios y entre sí, como imagen también de la Comunión Trinita-

ria. La Iglesia es el Pueblo de Dios (Padre), constituido como Cuerpo de Cristo y Templo del Espíritu Santo.

También desde el punto de vista jurídico estas imágenes de la Iglesia tienen una gran relevancia.

f) *Pueblo de Dios*

La noción de *Pueblo de Dios* es la que ha servido para dar título al Capítulo II de la Constitución «*Lumen Gentium*», y para tratar de los elementos comunes que unen entre sí a los fieles, como miembros del Pueblo de Dios, antes de referirse a los diversos estados y condiciones que surgen como consecuencia del principio de variedad. La condición ministerial y jerárquica, la condición laical y la condición religiosa, de las que tratan los capítulos sucesivos de «*Lumen Gentium*», se manifiestan así como modalidades diferentes de la condición común de fiel cristiano, que se convierte en el principal protagonista de la Iglesia como Pueblo de Dios. No sin cierto énfasis, el Concilio afirma que «la condición de este pueblo es la dignidad y libertad de los hijos de Dios, en cuyos corazones habita el Espíritu Santo como en un Templo» (*Lumen Gentium*», n. 9). El Concilio se refiere a la participación de todos los bautizados en el «Sacerdocio común» de Jesucristo, un «sacerdocio regio», que les permite también dar «testimonio de Cristo» por todas partes (Ibídem, n. 10). La participación de todos los fieles en la función sacerdotal, profética y real de Cristo se constituye en la base de su condición activa en la vida de la Iglesia. De aquí deriva «una auténtica igualdad entre todos en cuanto a la dignidad y a la acción común a todos los fieles» (ibídem, n. 32).

Por otra parte, el Concilio se ha referido también a la articulación orgánica existente entre el sacerdocio común de los fieles y el sacerdocio ministerial o jerárquico que, «aunque diferentes esencialmente y no solo en grado, se ordenan, sin embargo, el uno al otro, pues ambos participan a su manera del único sacerdocio de Cristo» (Ibídem, n. 10). Esta doble participación en el sacerdocio de Cristo, cada uno a su modo, se manifiesta también en toda la actividad apostólica de la Iglesia –Cuerpo de Cristo– concebida como una cooperación orgánica de todos sus miembros: «así como en el conjunto de un cuerpo vivo no hay miembros que se comporten de forma meramente pasiva, sino que todos participan en la actividad vital del cuerpo, de modo semejante en el Cuerpo Místico de Cristo, que es la Iglesia, todo el cuerpo crece según la operación propia de cada uno de sus miembros (E pH. 4, 16)» (Decreto «*Apostolicam actuositatem*», n. 2).

Como consecuencia de todo ello, el ministerio jerárquico, dotado de la «*sacra potestas*», es considerado como un *servicio* a los fieles. En la introducción que

sirve de pórtico al capítulo III de la Constitución «*Lumen Gentium*», sobre la «Constitución jerárquica de la Iglesia y particularmente el episcopado», el Concilio comienza hablando de esta dimensión de servicio que es propia de todos los ministros de la Iglesia y que es intrínseca también a la sagrada potestad eclesiástica: «Los ministros que poseen la sacra potestad están al servicio de sus hermanos, a fin de que todos cuantos pertenecen al Pueblo de Dios y gozan, por tanto, de la verdadera dignidad cristiana, tendiendo libre y ordenadamente a un mismo fin, alcancen la salvación». («*Lumen Gentium*», n. 18). Teniendo en cuenta que la «sacra potestad» se ejercita también en la función del gobierno Eclesiástico, todo el gobierno de la Iglesia en todos sus niveles posee está intrínseca dimensión de servicio, que debe respetar la dignidad y libertad de los fieles, y que lleva consigo un ejercicio ordenado y conforme a Derecho de la «*potestas regiminis*».

La influencia de esta eclesiología del Pueblo de Dios ha sido muy amplia en todo el Derecho de la Iglesia. Ante todo se ha reflejado en los dos Códigos, latino y oriental, pero también en otras muchas normas eclesiásticas. Ha tenido una particular incidencia en el libro II del Código de Derecho Canónico, cuyo título manifiesta ya su intención de hacerse eco y de recibir la doctrina conciliar. Los principios de dignidad y libertad de los fieles, los principios de igualdad y de diversidad, los principios de participación activa y de cooperación orgánica en la misión de la Iglesia, informan de modo especial el contenido de la primera Parte de ese libro II; pero están también presentes en la segunda Parte, cuando se trata sobre la Constitución Jerárquica de la Iglesia, unidos también a la dimensión de servicio con que ha de ejercerse la potestad de gobierno. Todo lo referente al estatuto jurídico de los fieles y de los laicos, y todo lo referente al ejercicio de la potestad de gobierno ha de interpretarse teniendo en cuenta esos principios de la Constitución de la Iglesia como Pueblo de Dios.

g) *Cuerpo de Cristo y Templo del Espíritu Santo*

La Iglesia es el Pueblo de Dios constituido como *Cuerpo de Cristo* y *Templo del Espíritu Santo*. El Concilio afirma que Cristo «comunicando su Espíritu» la «constituyó como su Cuerpo Místico». El Espíritu Santo realiza en este cuerpo «la función que ejerce el principio de vida o alma en el cuerpo humano» («*Lumen Gentium*», n. 8). Por otra parte «el Espíritu Santo habita en la Iglesia y en el corazón de los fieles como en un templo». De esta manera «guía a la Iglesia a toda verdad, la unifica en comunión y ministerio, la provee y gobierna con diversos dones jerárquicos y carismáticos» (Ibídem, n. 4). La doctrina conciliar se refiere

en muchas ocasiones a esta diversidad de dones jerárquicos y carismáticos con los que el Espíritu Santo contribuye a esa variedad de oficios y condiciones entre los miembros del Cuerpo Místico de Cristo. Entre esos carismas hay algunos extraordinarios, como lo es por ejemplo, «la infalibilidad que el divino Redentor quiso que tuviese la Iglesia cuando define la doctrina de fe y costumbres»; infalibilidad de la que está dotado «el Romano Pontífice, Cabeza del Cuerpo de los Obispos cuando ejerce el supremo magisterio en unión con el Sucesor de Pedro» (Ibídem, n. 25).

Pero muchos otros carismas son ordinarios, «los más comunes y difundidos», los cuales «son adecuados y útiles a las necesidades de la Iglesia» (Ibídem, n. 12). Entre estos están los que se conceden a los laicos, a quienes «por propia vocación corresponde tratar de obtener el Reino de Dios gestionando los asuntos temporales y ordenándolos según Dios» (Ibídem, n. 31). Junto a los carismas concedidos a los fieles para vivir su vocación en las estructuras seculares, están «los consejos evangélicos de castidad consagrada a Dios, de pobreza y de obediencia… don divino que la Iglesia recibió de su Señor y que con su gracia conserva siempre». Estos consejos, regulados por la Autoridad de la Iglesia, bajo la guía de Espíritu Santo, en formas estables de vida, han dado lugar al nacimiento de «formas diversas de vida solitaria o comunitaria, y variedad de familias para el bien de todo el Cuerpo de Cristo» (Ibídem, n. 43).

Todas estas manifestaciones de la asistencia permanente del Espíritu Santo a la Iglesia, que la doctrina conciliar expone tan ampliamente, y que son la consecuencia de su función como alma del Cuerpo Místico de Cristo, pone de relieve la importancia de la acción del Espíritu para la vida social de la Iglesia y, por tanto, para el Derecho Canónico. La Eclesiología del Vaticano II ha puesto las bases para que en la noción de Pueblo de Dios se integren también estos aspectos Cristológicos y pneumatológicos. La Iglesia es, a la vez, el Pueblo de Dios (Padre), el Cuerpo de Cristo y el Templo del Espíritu Santo.

En este estudio, solo podemos hacer estas breves alusiones a la conexión entre estas imágenes de la Iglesia y su Constitución, Jerárquica y Carismática a la vez.

Por otra parte, no es fácil determinar en qué medida el Derecho Canónico se ha hecho eco de esta acción del Espíritu Santo en la Iglesia mediante los carismas. Para ello tendríamos que examinar, sobre todo, los cánones relativos al estatuto común de los fieles, así como los cánones relativos al estatuto de los laicos, y al estatuto de los religiosos y demás fieles de vida consagrada, en los correspondientes Códigos latino y oriental. Las referencias más explícitas a esa acción del Espíritu se encuentran en algunos cánones relativos a la vida religiosa

y consagrada (vid., por ejemplo, cánones 573 § 1, 574 y 575 del Código latino, y cánones 410 y 571 del Código oriental). Pero no puede olvidarse que el fundamento de los deberes y derechos de los fieles y de los laicos recogidos en ambos Códigos, además de en el Sacramento del Bautismo y de la Confirmación, en su caso, (vid. por ejemplo, canon 225 § 1 del Código de Derecho Canónico), se encuentra también en los diversos carismas comunes y ordinarios que el Espíritu concede para utilidad de la Iglesia. De esta manera, los derechos de los fieles y de los laicos reconocidos en sus respectivos estatutos jurídicos se constituyen en el cauce ordinario para esa participación activa de los fieles en la vida de la Iglesia que el Espíritu Santo promueve y alienta. El papel del Derecho consiste precisamente en ordenar de un modo justo y razonable el ejercicio de los carismas «para no sofocar el Espíritu, sino probarlo todo y retener lo que es bueno (cf. I Thess, 5, 12 y 19-21)» («*Lumen Gentium*», n. 12).

4. Magisterio y Gobierno Eclesiástico en la formalización, interpretación y aplicación del Derecho Canónico

Además de esos elementos esenciales de la Eclesiología Conciliar, la doctrina del Vaticano II, en la medida en que tiene un rico contenido jurídico y disciplinar, ha influido y debe seguir influyendo en el Derecho Canónico postconciliar. En estas páginas solo podemos hacer referencia a esos elementos esenciales antes mencionados, que contienen los principales principios informadores de los actuales Códigos de Derecho Canónico. Pero ahora quisiera referirme también a la estrecha relación que en la Iglesia debe existir entre Magisterio y Gobierno Eclesiástico.

En una reciente Jornada Académica celebrada en Roma, y organizada por el Pontificio Consejo para los Textos Legislativos, con el fin de conmemorar el XX aniversario de la promulgación del Código de Derecho Canónico –la jornada se celebró el 24 de enero de este año–, el Papa Juan Pablo II, en la Audiencia que concedió a los participantes, se refería a esa relación que en la Iglesia debe haber entre Magisterio y leyes eclesiásticas. El Papa señala en su Discurso algunos «reduccionismos hermenéuticos» que empobrecen la ciencia y la praxis canónica, alejándola de su verdadero horizonte eclesial. Entre esos reduccionismos que han de evitarse, el Santo Padre se refiere a «aquel que pretende interpretar y aplicar las leyes eclesiásticas separándolas de la doctrina del Magisterio». A continuación afirma lo siguiente:

«Según esta visión, los pronunciamientos doctrinales no tendrían ningún valor disciplinar, valor que habría de reconocerse solamente a los actos formal-

mente legislativos. Como es sabido, según esta óptica reduccionista, se puede llegar a propugnar dos diversas soluciones para un mismo problema eclesial: una inspirada en los textos magisteriales y otra en los textos Canónicos. En la base de semejante planteamiento hay una idea del Derecho Canónico muy empobrecida, como si el Derecho Canónico se identificase con el solo dictado positivo de la norma. Pero no es así: la dimensión jurídica, en efecto, siendo teológicamente intrínseca a la realidad eclesial, puede ser objeto de enseñanzas del Magisterio, incluso definitivas».

Si las palabras del Santo Padre valen para todo tipo de Magisterio, con mayor razón se pueden afirmar en relación con el Magisterio solemne de un Concilio Ecuménico, como lo es el Magisterio del Vaticano II.

El propio Concilio Vaticano II, al referirse a las tres funciones de la Iglesia –de enseñar, santificar y regir– que son participación de los «*tria munera Christi*», las ha concebido, no como realidades separadas sino como realidades inmanentes entre sí, que pueden distinguirse pero no separarse. Las tres funciones –«*sacra munera*»– tienen un fundamento en el Sacramento del Orden, pues, como señala la «Nota explicativa previa», 2ª, «en la *consagración* se da una participación *ontológica* de las funciones *sagradas*». Por otra parte, al referirse al «*munus regendi*» de los Obispos, el Concilio lo pone en conexión con la «*sacra potestas*» («*Lumen Gentium*», n. 27). A la vez, ha subrayado la unidad de la potestad para evitar los abusos a que en la práctica puede conducir –como atestigua la experiencia histórica– una separación entre la potestad de orden y la potestad de jurisdicción.

No cabe, por tanto, un ejercicio del Magisterio y del Gobierno Eclesiástico que llevase a desconocer la unidad y coherencia con que ambas funciones sagradas deben ejercerse siempre. Esa coherencia debe darse siempre y, por tanto, ha de presumirse siempre. Por otra parte, es también conveniente que ambas funciones puedan distinguirse a la hora de su ejercicio. Esa distinción hace posible una diversa formalización de los actos de Magisterio y de Gobierno, especialmente cuando sea necesario para el bien de la Iglesia y de los fieles. En este sentido, el ejercicio del gobierno ha de utilizar los cauces correspondientes, señalados por el Derecho, para establecer normas jurídicas que vinculan la conducta de los fieles. Las leyes eclesiásticas y demás actos de gobierno tienen sus correspondientes procedimientos jurídicos a los que deben someterse los actos legislativos y similares. Los actos de gobierno, y los actos jurídicos en general, han de poder reconocerse porque se realizan de acuerdo con los procedimientos establecidos por el Derecho y según una adecuada técnica jurídica.

Un ejemplo de lo que estoy queriendo decir lo tenemos en los Códigos de Derecho Canónico, tanto latino como oriental. Ambos Códigos suponen, sin

duda, una opción del legislador por la técnica jurídica propia de la Codificación, con sus indudables ventajas aunque también tenga sus inconvenientes. La recepción de la Eclesiología del Concilio Vaticano II por parte del Derecho Canónico actual se ha hecho, por tanto, a base de la técnica de la codificación, pues en ambos Códigos se recoge el contenido principal y más extenso de las Actas conciliares. Como el Papa Juan Pablo II ha subrayado en la Constitución Apostólica «*Sacrae disciplinae legis*», por la que se promulga al Código Latino: «en cierto modo, este nuevo Código puede considerarse como un gran esfuerzo por traducir a lenguaje *Canónico* –«*in sermonem canonisticum*»– esa misma doctrina, es decir, la eclesiología del Concilio». Esta afirmación la hace el Papa después de constatar que, efectivamente, la técnica jurídica de la codificación es un medio apto para dar forma jurídica a la doctrina conciliar y, por tanto, para la recepción jurídica del Vaticano II: «El Código es un instrumento que se ajusta perfectamente a la naturaleza de la Iglesia, sobre todo tal como la propone el Magisterio del Concilio Vaticano II, visto en su conjunto, y de modo especial su doctrina eclesiológica». De este modo el Papa aprueba, tanto la formalización jurídica llevada a cabo por el Código, como la recepción que el Código hace de la Eclesiología conciliar.

Finalmente, quisiera indicar también otra consecuencia de la no separación entre Magisterio y Gobierno Eclesiástico. El ejercicio de la «autoridad y sagrada potestad» que como un todo unitario poseen los Obispos (Cfr. «*Lumen Gentium*», n. 27) se manifiesta ante todo en un Concilio Ecuménico, en el que, a veces, no será fácil distinguir el ejercicio de la función de Magisterio y el ejercicio de la función de Gobierno. La actividad conciliar puede conducir también a un ejercicio conjunto de ambas funciones, a través de la única «*sacra potestas*». En este sentido, el Concilio Vaticano II tiene una indudable dimensión jurídica y disciplinar, que está muy unida a su dimensión docente y magisterial. En él se encuentran principios jurídicos que, por su conexión con la Constitución divina de la Iglesia y con su estructura fundamental, poseen una directa eficacia jurídica que no necesita siquiera de ulterior formalización. Se encuentran, además, normas disciplinares que en sí mismas tienen valor vinculante para toda la Iglesia, con independencia de que se proceda después a una ulterior formalización jurídica, como los propios documentos conciliares con frecuencia establecen. Todo esto exige una coherencia que todos los llamados a interpretar y aplicar el Derecho de la Iglesia han de tener muy presente en su tarea respectiva al servicio de la Iglesia.

5. La sistemática del Código de Derecho Canónico y la Eclesiología Conciliar

La última parte de este estudio quisiera dedicarla a analizar cómo se reflejan en la estructura y contenido del Código de Derecho Canónico algunas de esas novedades ya mencionadas de la Eclesiología conciliar. Me voy a referir principalmente al Código de la Iglesia latina, aunque este análisis se podría aplicar también, con las oportunas salvedades derivadas de las diferencias entre ambos Códigos, al Código para las Iglesias orientales.

En primer lugar, antes de mencionar contenidos concretos, hay que referirse a una tarea importante que tuvo que realizar la Comisión para la reforma del Derecho Canónico. La nueva Eclesiología del Concilio Vaticano II reclamaba también un cambio en la estructura y sistemática del nuevo Código que habría de sustituir al Código de 1917.

El Código pío–benedictino había sido fruto de la Eclesiología postridentina, una Eclesiología desarrollada a lo largo de varios siglos, que encontró un fuerte impulso inicial en autores tan destacados como Roberto Belarmino; y que, en el ámbito del Derecho Canónico, encontró en la Escuela del «*Ius Publicum Ecclesiasticum*» la fundamentación apologética que en esos momentos necesitaba la Iglesia, para que –presentándose como una sociedad jurídica perfecta y con una Constitución divina de carácter jerárquico– pudiera defenderse de los ataques precedentes de la Teología protestante o del liberalismo estatal. Esa Eclesiología prevalentemente societaria e institucional, de carácter jerarcológico, encontró en la técnica jurídica de la codificación los moldes adecuados para una conveniente formalización jurídica. El Código de 1917 recibió así la herencia del *Ius Decretalium*, elaborado a partir de las Escuelas exegéticas medievales, y del Derecho de las Instituciones, que, siguiendo la pauta y los esquemas de las Instituciones del Derecho romano justinianeo, se desarrolló en el ámbito Canónico a partir de Lancellotti. La estructura y la sistemática del Código de 1917 es el resultado de esa herencia. En sus cinco libros, el Código trata de hacer una síntesis entre la sistemática de Gayo –personas, cosas, acciones– y la sistemática de las Decretales –resumidas en el quinteto *iudex*, *iudicium*, *clerus*, *connubia*, *crimen*–.

En estos moldes jurídicos, en los que la influencia del Derecho romano y del Derecho civil no era escasa, el orden jurídico de la Iglesia, una institución con sus propias características, no podía encontrarse demasiado cómodo. ¿Cómo podía encontrar fácil acomodo la Constitución jerárquica de la Iglesia en el libro II del Código, pensado en sus orígenes romanos para tratar lo referente a las personas? Era necesario hacer muchas precisiones y, por otra parte, la naturaleza

de la materia quedaba indebidamente condicionada. ¿Y qué decir de los Sacramentos situados en el libro III junto a otras «cosas» –*res*–, como los bienes patrimoniales de la Iglesia y el sistema beneficial? Y lo mismo cabría preguntarse acerca del Magisterio Eclesiástico y todo lo que hoy conocemos bajo el «*munus docendi*». Evidentemente, la estructura sistemática del Código de 1917 no era la más adecuada para el orden jurídico de la Iglesia.

La Eclesiología del Pueblo de Dios y la Eclesiología de Comunión por las que se había decantado el Concilio Vaticano II requerían también unos moldes más adecuados, que debían reflejarse en una nueva estructura y sistemática. En este sentido, la opción preferida por el Legislador en el Código actual ha tratado de reflejar ese nuevo planteamiento eclesiológico. Sin renunciar del todo a la tradición jurídica en la que se basa el Código, especialmente en lo que se refiere al Derecho procesal y al Derecho penal, el legislador ha optado por una estructura en la que la noción conciliar de Pueblo de Dios asume un papel central en la vertebración del nuevo Código. Los «*tria munera Ecclesiae*», utilizados por la Eclesiología conciliar como instrumento para sistematizar las materias, le han servido también al Legislador Canónico para distribuir las diferentes actividades de la Iglesia que el Derecho tiene que ordenar y regular. Al preferir esta opción, el Legislador ha descartado otras posibles –que también contaban con partidarios–, como la que podía configurarse en torno a los Sacramentos como factores constituyentes de la estructura de la Iglesia. Pero no se puede decir que no haya sido fiel a la Eclesiología conciliar.

5.1. *Carácter central del libro II del Código como Derecho del Pueblo de Dios y de la Comunión eclesiástica*

Tenemos así un Código de Derecho Canónico en el que el libro II –*De Populo Dei*– es como su tronco y columna vertebral, y los seis libros restantes son más bien como sus diversas ramas o extremidades. El libro II asume en el Código un carácter central, semejante al que el Capítulo II de la Constitución «*Lumen Gentium*» asume respecto a posteriores capítulos de la misma, y en particular los que se refieren a la Constitución jerárquica de la Iglesia, a los laicos, y a la vida religiosa. Recordemos el cambio copernicano que supuso en el Concilio la traslación del capítulo sobre el Pueblo de Dios, colocándolo delante del capítulo que trataba sobre la jerarquía de la Iglesia, para que la noción de Pueblo de Dios fuese la base común sobre la que se sustentase el tratamiento de los distintos estados y condiciones de los fieles. También en el Código de Derecho Canónico, el libro II sobre el Pueblo de Dios es la base que sustenta el tratamiento de las

demás materias. En este sentido, puede decirse que en el libro II es donde se encuentra el núcleo principal del Derecho Constitucional Canónico, así como de sus principales desarrollos organizativos, especialmente aquellos que tienen que ver con el estatuto jurídico común y específico de los fieles, y con la Organización Jerárquica de la Iglesia.

Las tres partes en que se divide el libro II corresponden básicamente a este esquema. La parte primera –los fieles cristianos– regula lo correspondiente al estatuto jurídico común de los fieles, y lo correspondiente al estatuto de los laicos y de los clérigos, es decir, aquella primera división entre los fieles que resulta de la institución divina (can. 207 § 1). La parte tercera se dedica al estatuto de la vida religiosa y consagrada, cuyo «estado, aunque no afecta a la estructura jerárquica de la Iglesia, pertenece, sin embargo, a la vida y santidad de la misma» (can. 207 § 2). Finalmente, la parte segunda está dedicada a la Constitución jerárquica de la Iglesia, distinguiendo en ella lo que se refiere a la Suprema Autoridad en la Iglesia Universal, de lo que se refiere a las Iglesias Particulares y sus agrupaciones.

Junto a la Eclesiología del Pueblo de Dios, en las tres partes del libro II del Código está subyacente también la Eclesiología de Comunión del Vaticano II. Los principios que rigen la «*communio fidelium*» están presentes sobre todo en la primera y tercera parte del libro II. Los principios que rigen la «communio hierarchica» y la «*communio Ecclesiarum*» son los que informan principalmente las dos secciones en que se divide su segunda parte.

El libro II del Código refleja, pues, la estructura fundamental de la Iglesia como Pueblo de Dios y como Comunión. En él se contienen también los principales desarrollos organizativos de la «*communio fidelium*», de la «*communio hierarchica*», y de la «*communio ecclesiarum*». La Iglesia se manifiesta como una articulación orgánica entre el sacerdocio común de los fieles y el sacerdocio ministerial, en la primera y segunda parte; a la que hay que añadir también la dimensión carismática, especialmente desarrollada en la parte tercera. Este Derecho del Pueblo de Dios, contenido en el Libro II del Código, puede decirse que es el orden jurídico constitutivo de toda la Iglesia, al menos en sus líneas principales.

5.2. *Los «tria munera» en la sistemática del Código*

Los restantes libros del Código, aún conteniendo algunos de ellos aspectos muy importantes para el orden Canónico, hay que considerarlos más bien como nuevos desarrollos normativos de la estructura fundamental de la Iglesia situa-

da en el Libro II. En sus libros se regula, sobre todo, lo que podríamos llamar el régimen jurídico de las funciones de la Iglesia («*tria munera*»).

Los libros tercero y cuarto, en efecto, regulan el régimen jurídico del «*munus docendi*» y del «*munus santificandi*». Los libros primero, quinto, sexto y séptimo contienen el régimen jurídico del «*munus regendi*», de la «*potestas regiminis*» eclesiástica y de sus diversas funciones.

Respecto a los libros III y IV habría que destacar la importancia que para la vida de la Iglesia tienen las materias que en ellos se regula. En particular, respecto a los sacramentos, algunos cánones del libro IV contienen principios constitutivos para la estructura de la Iglesia. Rebasan, por tanto, la mera disciplina sacramental a la que se refieren la mayor parte de los cánones de ese libro. Si fuese otra la estructura y sistemática del Código, esos cánones, –como también algunos de los referentes al «*munus docendi*» contenidos en el libro III– podrían haber ocupado otro lugar sistemático más acorde con su función constitutiva en relación con todo el Derecho Canónico. Pero su actual lugar sistemático tampoco es óbice para que desempeñen tal función constitutiva, pues el lugar sistemático que ocupan determinadas normas o materias no puede condicionar o desvirtuar su naturaleza propia.

Respecto a los libros que regulan el ejercicio del «*munus regendi*» –dejando ahora a parte la cuestión de que, en realidad, todos los libros del Código regulan el ejercicio del «*munus regendi*» y de la «*potestas regiminis*»–, ya hemos dicho que son los cuatro antes citados. La división proporcionada de las materias del Código en diferentes libros ha impedido que haya un libro que lleve el título «*De munere regendi*», como ha ocurrido en el caso de los libros III y IV en relación con las otras dos funciones de la Iglesia. Aparentemente, así se ha roto con el planteamiento sistemático del Código, basado en los «*tria munera*». Pero, en realidad, los libros I, V, VI, VII podrían haber llevado ese título genérico –«De munere regendi»–, con los títulos actuales en forma de subtítulos. Trataré de explicarlo.

A mi parecer, hubiese sido mejor que el actual Libro I del Código –«*De normis generalibus*»– hubiese pasado a ocupar un lugar sistemático a continuación del libro IV, inmediatamente antes de los libros V, VI, VII. De este modo, el actual libro II ocuparía, también sistemáticamente, el primer lugar del Código, el que le corresponde por su carácter troncal y vertebrador de los restantes libros, y los «*tria munera*» se regularían uno detrás de otro, según el orden sistemático que ocupan en la Eclesiología del Concilio. Pienso que el Código hubiera sido así todavía más coherente con la Eclesiología conciliar y hubiese acabado con un cierto sometimiento a la tradición sistemática de la codificación civil.

En efecto, el libro I sobre «Normas generales» del Código de Derecho Canónico de 1917 respondía a esa tradición codificada, pero el Código de 1983 se ha inspirado en otros principios más genuinos de la Iglesia, que quizá podrían haberse reflejado mejor colocando en un lugar más apropiado su actual libro I, y haciendo en él los necesarios retoques: cambiando su título por el «*De munere regendi*», y distribuyendo de otro modo las materias de que trata para convertirlo en pórtico de los tres últimos libros actuales del Código.

De este modo se habría tenido un tratamiento más unitario del «*munus regendi*» y, en relación con él, de la «*potestas regiminis*». Las tres funciones en que se divide el ejercicio de la «*potestas regiminis*» según el canon 135 § 1 –legislativa, ejecutiva y judicial– se habrían tratado así de modo seguido y continuado en esos últimos cuatro libros. En el libro IV (actual libro I) se habría tratado de la «*potestas regiminis*» en general, y también de su función legislativa y ejecutiva. El libro V sobre «los bienes temporales de la Iglesia», trata de una materia que es objeto, sobre todo, de la función ejecutiva y administrativa. El libro VI sobre «las sanciones en la Iglesia» sigue tratando de otro aspecto típico de la «*potestas regiminis*» –lo que en el Código de 1917 se llamaba «*potestas coactiva*»–. Finalmente, el libro VII y último sobre «los procesos» trata preferentemente de la función judicial, salvo en su Parte V dedicada a los procedimientos en los recursos administrativos y a la remoción o traslado de los párrocos.

6. Los fieles cristianos

Antes de acabar estas páginas, quisiera referirme todavía a algunas materias o cuestiones tratadas por el Código que me parecen de especial interés, sea por su importancia, sea por su novedad en el modo en que son tratadas por él. En ello se refleja también la incidencia que la doctrina conciliar ha tenido en el actual Derecho Canónico. En esta rápida selección me detendré solo en algunas materias de carácter Constitucional, por formar parte de la estructura fundamental de la Iglesia, y en otras que suponen un desarrollo organizativo novedoso de la estructura jerárquica de la Iglesia. Se encuentran reguladas en el libro II que, como se ha dicho antes, es donde se trata de la estructura orgánica y jerárquica de la Iglesia.

6.1. *El estatuto jurídico de los fieles*

En primer lugar, hay que referirse a la condición de fiel, un redescubrimiento de la Eclesiología del Vaticano II que ha encontrado un claro reflejo en el Códi-

go. Es ya una novedad importante que el Código trate de la condición de fiel, y que lo haga además en la Parte I del libro II, dedicada toda ella a «los fieles cristianos». Especialmente importantes son los cánones preliminares (204-207), y los dos primeros títulos dedicados, respectivamente, al estatuto jurídico de los fieles y de los laicos. Carácter emblemático tiene el canon 204 § 1, donde se describe la condición de fiel cristiano, y donde se destaca su participación en los «*tria munera Christi*», y, por ello mismo, su llamada a participar activamente en la misión de la Iglesia. No menos emblemático es el canon 208 –en el pórtico de los cánones sobre el estatuto jurídico de los fieles– donde se trata del principio de igualdad en cuanto a la dignidad y a la acción común en la Iglesia, a la vez que del principio de diversidad entre los fieles por razón de su condición y oficio en el Cuerpo de Cristo.

En el título I se recogen las principales obligaciones y derechos de los fieles, tal como se exponen en la doctrina conciliar. Es esta otra novedad del Código actual, que no ha querido hablar sólo de derechos sino también de obligaciones. Ambos conceptos poseen un carácter correlativo y complementario. Entre las obligaciones, destaca el deber de comunión de todos los fieles con la Iglesia (canon 209 § 1), consecuencia de la Eclesiología de comunión. Los deberes y derechos en relación con la Santidad y el apostolado (canon 210-211) son una consecuencia del capítulo V de la «Constitución *Lumen Gentium*» sobre la llamada universal a la santidad y al apostolado. En ese contexto cobra también una gran importancia el Derecho de los fieles a recibir de los Pastores la Palabra de Dios y los Sacramentos (canon 213), y tiene un carácter complementario el Derecho a practicar la propia forma de vida espiritual (canon 214).

Respecto a la condición activa de los fieles, no quisiera dejar de mencionar el interés de los cánones 215 y 216. El canon 215 recoge el Derecho de los fieles a fundar y dirigir libremente asociaciones. Este Derecho es desarrollado por el Código en el título V de esta primera Parte del libro II, especialmente cuando se refiere a las asociaciones privadas de fieles, es decir, aquellas que los fieles pueden fundar, dirigir y gobernar (canon 321). Por primera vez en el Derecho Canónico, el Derecho de asociación se constituye en cauce para la participación de los fieles en la vida de la Iglesia.

Pero existe también otro cauce para esa participación activa de los fieles en la misión de la Iglesia, y es el que proporciona el canon 216, haciéndose eco sobre todo del Decreto «*Apostolicam actuositatem*» n. 24 del Concilio Vaticano II. Este canon reconoce el Derecho que tienen todos los fieles a promover y sostener todo tipo de iniciativas o empresas apostólicas («*incoepta apostolica*») al servicio de la Iglesia. El Código de Derecho Canónico parece responder aquí a

aquel grito que había resonado ya en el Concilio: «Ábraseles, pues (a los fieles), camino por doquier para que, a la medida de sus fuerzas y de las necesidades de los tiempos, participen también ellos celosamente en la misión salvadora de la Iglesia» («*Lumen Gentium*», n.33). A mi juicio, este canon constituye quizá la respuesta más concreta a esa llamada, en forma de un Derecho del fiel.

6.2. *El estatuto jurídico de los laicos*

Junto a esa novedad del estatuto jurídico de los fieles, el título II de la Parte primera del Código recoge el estatuto jurídico de los laicos. El legislador ha recurrido al principio de economía legislativa para referirse sólo a algunas obligaciones y derechos de los laicos que puedan tener un carácter más peculiar de esta clase de fieles y que no están ya recogidas en el título I (canon 224). En este sentido, por estar relacionado con la secularidad, que es la nota peculiar de la vocación propia de los laicos, hay que destacar el deber peculiar de impregnar y perfeccionar el orden temporal con el espíritu evangélico, especialmente en la realización de esas mismas cosas temporales y en el ejercicio de las tareas seculares (canon 225 § 2); e igualmente, el Derecho a aquella libertad en los asuntos temporales que se reconoce a todos los ciudadanos, aunque los fieles laicos habrán de cuidar que sus acciones estén inspiradas por el espíritu evangélico, y se adecuen a la doctrina propuesta por el Magisterio de la Iglesia (canon 227). El ejercicio de estos deberes y derechos se ejerce, por tanto, en el ámbito temporal, que está sometido sobre todo a las leyes civiles; pero no se desconoce que forma parte de la vocación propia de los laicos y tiene también, por tanto, un valor eclesial.

Pero, además, están los derechos de los laicos correspondientes al ámbito que es competencia de la Iglesia y de las leyes de la Iglesia. Los cánones 228-230 reconocen a los laicos su capacidad o derechos para participar en esos ámbitos de la Iglesia, ejerciendo los «*tria munera Christi*» a que se refieren, respectivamente, esos tres cánones.

El canon 228 reconoce a los laicos su capacidad para desempeñar oficios Eclesiásticos, y para ayudar como peritos y consejeros a los Pastores de la Iglesia, formando parte también de Consejos Eclesiásticos. Se trata, por tanto, sobre todo de una participación en el «*munus regendi*», que ha de ser completada por la capacidad que también se reconoce a los laicos para cooperar en el ejercicio de la «*potestas regiminis*» a la que se refiere el canon 129 § 2. Los cánones 229 y 230 se refieren al ejercicio por parte de los laicos del «*munus docendi*» y del «*munus sanctificandi*», reconociéndoles también derechos o capacidades; que se completan con las referencias que en otros lugares del Código se hacen a esa cooperación

orgánica de los laicos en el ejercicio del ministerio de la palabra (canon 759), y en el ejercicio de la función santificadora, en las celebraciones litúrgicas y especialmente en la Eucaristía (canon 835 § 4).

7. La Constitución jerárquica de la Iglesia

Por lo que se refiere a la Constitución jerárquica de la Iglesia, el libro II del Código de Derecho Canónico ha tratado por separado –en su parte II– «de la Suprema Autoridad de la Iglesia» (Sección I) y de «las Iglesias particulares y sus agrupaciones» (sección II).

7.1. *La Suprema Autoridad de la Iglesia: el Romano Pontífice y el Colegio Episcopal*

Al tratar «de la Suprema Autoridad de la Iglesia», puede llamar la atención que el Código no se refiera en esa sección I a la Iglesia Universal, como sí hace, en cambio, con la Iglesia Particular, en la sección II, título I, cuando trata «de las Iglesias particulares y de la autoridad constituida en ellas». En todo caso, toda Autoridad en la Iglesia hace referencia a una comunidad de fieles, de la que es cabeza, y a la que estructura también como comunidad jerárquica. En el caso de la Suprema Autoridad de la Iglesia esa comunidad de fieles es la universal «*communio fidelium*» a la que se alude implícitamente en el canon 204, cuyo párrafo 1 describe la condición de fiel, y cuyo párrafo 2 habla de la Iglesia como comunidad jerárquica «constituida y ordenada como sociedad en este mundo» y que está «gobernada por el sucesor de Pedro y por los Obispos en comunión con él». Este canon hace de pórtico a todo el libro II y en él, además de describirse la condición de fiel, se hace ya esa referencia a la Iglesia Universal y a su Autoridad Suprema, de la que es un desarrollo la sección I de la Parte II.

Por otra parte, no hay que olvidar que la Iglesia Universal es, además de comunidad de fieles y comunidad jerárquica, «*Communio Ecclesiarum*», y que de esto se trata sobre todo en la sección II de la Parte II cuando se trata «de las Iglesias particulares y de sus agrupaciones». La «Suprema Autoridad de la Iglesia» es cabeza también tanto de cada una de las Iglesias particulares como de sus agrupaciones, es decir, de la Iglesia Universal estructurada como comunión de Iglesias o «*Corpus Ecclesiarum*».

Respecto a la Autoridad Suprema de la Iglesia, la novedad más importante del Código –como lo fue ya en la Eclesiología conciliar– es la incorporación a sus cánones del Colegio Episcopal. Recogiendo literalmente el texto clave de la

Constitución conciliar «*Lumen Gentium*» n. 22, el Código afirma que el Colegio «en el que continuamente persevera el Cuerpo apostólico, es también en unión con su cabeza y nunca si esa cabeza, sujeto de la potestad suprema y plena sobre toda la Iglesia» (canon 336). Previamente, el mismo canon, recogiendo también la doctrina conciliar (el mismo n. 22 de «*Lumen Gentium*»), se refiere a la necesidad de la consagración sacramental y de la comunión jerárquica para formar parte del colegio como miembro. La misma conexión con ese n. 22 de «*Lumen Gentium*» se verifica en el canon 337 del Código, en donde se trata de los dos modos de ejercicio de la potestad colegial: «de modo solemne en el Concilio Ecuménico», y «mediante acción conjunta de los obispos dispersos por el mundo, promovida o libremente aceptada como tal por el Romano Pontífice, de modo que se convierta en un acto verdaderamente colegial».

7.2. *La Iglesia Particular*

Otra gran cuestión Constitucional que también tiene un carácter novedoso en el Código es lo referente a la Iglesia Particular. Aquí el Código ha ido más allá de los textos del Concilio a la hora de elaborar su propio concepto de Iglesia Particular. Recogiendo el famoso texto conciliar según el cual la Iglesia Universal está estructurada en Iglesias particulares, «en las cuales y a base de las cuales se constituye la Iglesia Católica, una y única», el canon 368 se refiere a las realidades que designa como Iglesias Particulares: «Son principalmente las diócesis, a las que, si no se establece otra cosa, se asimilan la prelatura territorial y la abadía territorial, el vicariato apostólico y la prefectura apostólica, así como la administración apostólica erigida de manera estable». Por tanto, según el Código, el concepto de Iglesia Particular se aplica por analogía a diversas realidades y «principalmente» a la Diócesis, considerada como el «*analogatum princeps*».

Por lo demás, a la hora de describir la noción de Diócesis se vale también de la doctrina conciliar, recurriendo al Decreto «*Christus Dominus*» n. 11, en el que se sintetizan los elementos esenciales de la Diócesis, como «porción del Pueblo de Dios» encomendada «al Obispo con la cooperación del presbiterio», para que la congregue «en el Espíritu Santo mediante el Evangelio y la Eucaristía», a fin de que «constituya una Iglesia particular, en la cual verdaderamente está presente y actúa la Iglesia de Cristo una, santa, católica y apostólica» (canon 369).

7.3. *Las Prelaturas personales*

Al considerar las figuras tan variadas que, según el citado canon 368, se asimilan a la Diócesis como analogado principal del concepto de Iglesia Particular,

nos damos cuenta también del carácter tan flexible con que el Código configura su noción de Iglesia Particular. Este planteamiento es el que llevó a considerar también que otra de las figuras novedosas creadas por el Concilio, las Prelaturas personales, –cfr. Decreto «*Presbyterorum Ordinis*» n. 10– fuesen equiparadas jurídicamente a las Iglesias Particulares y fuesen reguladas a continuación –en el Proyecto de Código elaborado por la Comisión Pontificia para la reforma del Derecho Canónico– hasta poco antes de la promulgación del Código. Finalmente, para evitar una posible confusión con la figura de las Iglesias Particulares, el legislador optó por regular la figura de las Prelaturas personales en la Parte I del libro II, respetando su naturaleza de estructuras jerárquicas tal como fueron creadas por el Concilio.

En efecto, el Concilio se había referido a las Prelaturas personales, y había invocado la «razón del apostolado» para la creación de «obras pastorales peculiares» que, en «favor de diversos grupos sociales», «han de llevarse a cabo en alguna región o nación o en cualquier parte del orbe». Para ello pueden constituirse algunas instituciones, entre las cuales el Concilio menciona «diócesis especiales o prelaturas personales», teniendo a la vista «el bien común de toda la Iglesia» («*Presbyterorum Ordinis*», n. º10). Estas dos instituciones mencionadas por el Concilio, pertenecen por su naturaleza a la estructura jerárquica de la Iglesia. El Código de Derecho Canónico no ha regulado expresamente las Diócesis especiales, pero sí ha dedicado cuatro cánones (294-297) a establecer el régimen jurídico general de las Prelaturas personales. Dado que las Prelaturas personales no son Iglesias particulares, aunque se puedan equiparar jurídicamente a ellas por su naturaleza de estructuras jerárquicas – están dotadas de un Prelado, como ordinario propio, de presbiterio y de fieles–, el Código ha preferido tratar de ellas en la parte I del libro II para distinguirlas mejor de las diversas figuras de Iglesia Particular, sin mengua de su naturaleza jerárquica.

7.4. *Las Conferencias Episcopales*

Finalmente, el Código trata también de lo que llama «agrupaciones de Iglesias particulares». Lo hace en el título II de la Sección II, Parte II, del libro II. Ahí se refiere a una serie de instituciones que tienen que ver con la «*communio ecclesiarum*». Junto a algunas tan clásicas en la tradición eclesiástica como los concilios particulares, el Código recoge también otra de las más interesantes novedades de la doctrina conciliar, las Conferencias Episcopales (Decreto «*Christus Dominus*», n. 38). El Concilio, constatando la existencia de una realidad ya constituida en muchas naciones (Ibídem, n. 37), considerando que son también una forma

de dar «aplicación concreta» al «afecto colegial» entre los Obispos («*Lumen Gentium*», 23), configura las Conferencias Episcopales como «Asambleas en las que los Obispos de una nación o territorio ejercen conjuntamente su cargo pastoral para promover el mayor bien que la Iglesia procura a los hombres, señaladamente por las formas y modos de apostolado adaptados en forma debida a las circunstancias del tiempo» («*Christus Dominus*», n. 38). El canon 447 del Código recoge con leves retoques ese texto y dedica los siguientes (hasta el canon 459 incluido) a desarrollar el régimen jurídico de estas instituciones. La praxis canónica que de ahí ha surgido ha consolidado definitivamente la importancia de las Conferencias Episcopales en la actual organización jerárquica de la Iglesia.

Por otra parte, se hace necesario seguir estudiando con más profundidad algunas cuestiones relacionadas con la naturaleza de las Conferencias Episcopales, como recomendó el Sínodo Extraordinario de los Obispos celebrado en 1985. En este sentido, la Carta Apostólica en forma de motu proprio «*Apostolos suos*», promulgada por Juan Pablo II el 21 de mayo de 1998, ha tratado de explicitar los principios teológicos y jurídicos básicos sobre las Conferencias Episcopales, y ofrecer la necesaria integración normativa con el fin de ayudar a establecer una praxis teológicamente fundada y jurídicamente segura.

8. Conclusión

En este artículo se me ha pedido hacer un estudio sobre la influencia del Concilio Vaticano II, y en particular la Eclesiología, en la redacción del Código de Derecho Canónico. En los cuatro primeros apartados del estudio, me he referido tanto al Código de Derecho Canónico para la Iglesia Latina como al Código de cánones para las Iglesias Orientales.

Lo dicho en el apartado 5 se refiere exclusivamente al Código para la Iglesia Latina, puesto que el Código de las Iglesias Orientales ha elegido una distribución de la materia en XXX títulos, cuya ordenación sistemática obedece a criterios diferentes, más simples y funcionales, con una orientación prevalentemente práctica. En ese sentido, no parece haber tenido en cuenta principios derivados de la Eclesiología Conciliar.

Respecto a los apartados 6 y 7, casi todo lo dicho para el Código de la Iglesia Latina vale también para el Código de las Iglesias Orientales; bastaría con hacer las remisiones correspondientes a los cánones del Código de Derecho Oriental. Esto vale, sobre todo, para el apartado 6, y para todo lo que ahí se dice respecto a la condición de fiel, y al estatuto jurídico de fieles y laicos. Con respecto al apartado 7 sobre la Constitución jerárquica de la Iglesia, habría que tener en

cuenta las variantes que presenta el Código de las Iglesias Orientales en relación con las diversas figuras de Iglesias Particulares. Por otra parte, este Código no trata expresamente la figura de las Prelaturas personales, ni tampoco regula lo referente a las Conferencias Episcopales, aunque en su título IX se regula lo que llama Asambleas de Jerarcas de las Iglesias *sui iuris*.

Finalmente, habría que añadir, de nuevo, que la influencia del Concilio Vaticano II y de su Eclesiología no se reduce lógicamente a los Códigos de Derecho Canónico sino que se extiende a todo el Derecho de la Iglesia. Pero, sin duda, en ambos Códigos está recogido lo más importante del «*ordo Ecclesiae*».

4

LOS LAICOS EN EL MAGISTERIO DEL VATICANO II*

El Vaticano II ha sido el primer Concilio Ecuménico que, en la bimilenaria Historia de la Iglesia, ha tratado de los laicos de un modo directo, sistemático y por extenso. Lo ha hecho además con la clara conciencia de que se estaba llenando una laguna histórica, y con la convicción de que se trataba de una cuestión de indudable interés en relación con la constitución y la misión de la Iglesia. Fruto de ello ha sido una rica doctrina expuesta en diversos documentos, pero orgánicamente entrelazada, cuya letra y cuyo espíritu estamos todavía muy lejos seguramente de haber asimilado y puesto en práctica, con la profundidad y extensión que la importancia de la materia requiere. Los documentos del Concilio hablan por sí mismos, y ningún modo mejor de asimilar su doctrina que acercándose a ellos con la inmediatez de una lectura directa. Por otra parte, a lo largo de estos veinte años de postconcilio que en el día de hoy nos proponemos rememorar, han ido surgiendo infinidad de comentarios y de estudios, cuya simple enumeración desbordaría el tiempo y espacio que se me concede en esta sesión académica. Renuncio de antemano a esta tarea, y en cuanto a la lectura y relectura directa y atenta de los documentos no puedo sustituir a nadie en la labor personal que eso comporta, y sólo puedo manifestar mi opinión y mi deseo de que esa nueva lectura y relectura sea uno de los medios de que se sirva el Espíritu, para soplar de nuevo sobre la Iglesia todas esas inspiraciones que son necesarias para que la enseñanza del Concilio sea mejor conocida y pueda ser puesta en práctica de manera cada vez más plena y operativa.

En este acto académico que pretende conmemorar estos veinte primeros años de Concilio, (brevísimo espacio de tiempo en la larga tarea de maduración doctrinal y de vida que la enseñanza de un Concilio requiere, como muestra la His-

(*) Publicado en «Scripta Theologica», 17 (3), 1985, 805-811.

toria de la Iglesia), me propongo simplemente destacar algunas ideas y algunos puntos, que considero puede tener algún interés subrayar en el momento actual en torno al tema de los laicos, cuestión que será objeto por lo demás de una nueva profundización e investigación en el próximo Sínodo de Obispos, a celebrar en 1987, cuya convocatoria con ese objetivo demuestra el interés y actualidad de la cuestión. Todo ello sentado, vayamos ya al objeto de mi brevísima exposición.

Después de veinte siglos de experiencia cristiana, el Concilio Vaticano II, precedido en su enseñanza por diversos movimientos de ideas y de vida que le antecedieron inmediatamente, ha vuelto a redescubrir un aspecto de la doctrina evangélica que había pasado inadvertido durante siglos y que ha resurgido como una de las más importantes aportaciones del Magisterio Conciliar. Me refiero a la doctrina de la llamada universal a la santidad y al apostolado, con la que hay que poner en conexión, desde el principio, el tema de la vocación y misión de los laicos en la Iglesia y en el mundo. Después de muchos años de vida de la Iglesia en la que los fieles corrientes, los laicos, habían sido considerados como una especie de ciudadanos de segunda categoría, el Vaticano II ha puesto de manifiesto que todos los fieles sin excepción han sido llamados a la plenitud de la santidad, siguiendo a Cristo en todas las exigencias que comporta el mensaje evangélico, incluidas las formas más radicales de la experiencia cristiana. Considero que este punto es capital para entender la estructura y la dinámica de la constitución de la Iglesia, y que debe ocupar también el lugar que le corresponde a la hora de organizar las estructuras eclesiásticas y la pastoral correspondiente.

Esa vocación cristiana original, que se adquiere y actúa por el bautismo y los demás Sacramentos de la iniciación cristiana, es punto de partida del que penden consecuencias importantes, que el Concilio ha puesto también de manifiesto, al referirse a la igualdad fundamental de los cristianos en cuanto a la dignidad y a la acción común (LG n. 32); y a la unidad de misión existente en la Iglesia, aunque sea diverso el modo de participar en esa misión, y diversos, por tanto, los ministerios y las funciones dentro de ella (AA n. 2). Al considerar a la Iglesia como Cuerpo Místico de Cristo, con unidad de misión y diversidad de ministerios, según la conocida doctrina de S. Pablo, el Concilio ha concebido también las variadas actividades y apostolados de la Iglesia como el fruto de una cooperación orgánica, en la que todos, fieles y Pastores, tienen una parte, que no por ser diferenciada deja de tener su importancia y ser absolutamente imprescindible para realizar la misión de la Iglesia. Como veremos después, esta misión no puede cumplirse en su totalidad, tal como ha sido querida por Voluntad divina desde su Fundación, sin esta estrecha y necesaria cooperación

de todos los miembros de la Iglesia, según la vocación propia recibida por cada uno. La misión de la Iglesia es indivisible, y la participación de todos sus miembros en ella una necesidad exigida por la naturaleza y finalidad de esa misión.

En un pasaje de la Constitución *Lumen Gentium* en el que se pretende describir qué se entiende por laicos, el Concilio expone la razón de por qué los fieles laicos no son ciudadanos de segunda categoría, sino miembros de pleno derecho de la Ciudad de Dios. La razón está en que los laicos, como todos los demás fieles, han sido incorporados a Cristo y a la Iglesia, han sido configurados radicalmente con Cristo, de cuya Vida, Muerte y Resurrección participan. Como afirma el texto conciliar, mediante el bautismo se incorporan a Cristo, son constituidos en Pueblo de Dios, y se hacen partícipes a su manera de la triple función sacerdotal, profética y real de Jesucristo (LG n. 31). Si todo cristiano es otro Cristo presente en el mundo, los fieles laicos lo son de un modo pleno y radical, y su única diferencia con otros estados o condiciones en la Iglesia consiste solamente en el modo de esa configuración, que en el caso de los laicos viene determinada por el hecho negativo de no haber recibido el Sacramento del Orden y por la nota positiva de su peculiar vocación y misión dentro de la Iglesia, a la que me refiero a continuación.

¿En qué consiste esa peculiar vocación y misión de los laicos en la Iglesia y en el mundo? En la segunda parte de ese mismo n. 31 de la Constitución *Lumen Gentium*, el Concilio trata de explicar cuáles son las características propias de la vocación laical, poniéndolas todas ellas en relación con el carácter secular, con esa nota de secularidad a la que se han referido también los autores al ocuparse de la definición del laico. El Concilio, en efecto, pone de manifiesto cómo, aunque no tenga carácter exclusivo, la índole secular es la propia y peculiar de los laicos, y cómo lo característico de la vocación laical consiste en buscar el Reino de Dios, tratando y ordenando según Dios los asuntos temporales. El mundo o el siglo, en la diversa terminología usada por el Concilio, se convierte así en el lugar o en el punto de referencia obligado para situar el ámbito en que se desenvuelve y desarrolla la vida cristiana de este tipo de fieles. Ellos viven en el siglo, y allí precisamente son llamadas por Dios para ejercitar su propio *munus*, de forma que, a semejanza de la levadura, contribuyan desde dentro a la santificación del mundo, y allí mismo también den testimonio de su vida de fe, esperanza y caridad.

Esta índole secular y esta constitutiva situación en el mundo permea toda la vida cristiana de los laicos; lo cual significa, en otras palabras, que en esta santificación del mundo *ab intra* consiste su tarea principal y específica, siendo sus demás funciones en la Iglesia, –aquellas que en cuanto fieles pueden des-

empeñar como auxiliares del clero, o como sustitutos o suplentes del mismo en las actividades eclesiásticas en que ello es posible–, tareas no específicas, lo cual no quiere decir que no puedan ser importantes, y cuyo desempeño sólo puede estar motivado como consecuencia de las necesidades que puedan darse en los diversos lugares y circunstancias. Todo ello deberá ser tenido en cuenta en la organización y en la pastoral de la Iglesia, como una exigencia no sólo de coherencia con la genuina vocación laical, sino de orden y de buen gobierno, que no lleve a un lamentable cambio de papeles, basado en que también quienes han recibido el Orden Sagrado «algunas veces pueden tratar asuntos seculares, ejerciendo incluso una profesión secular» (LG n. 31).

En esta misma línea, no es posible distinguir adecuadamente la misión de los laicos en la Iglesia y la misión de los laicos en el mundo, por la sencilla razón de que pertenece al ser cristiano y *eclesial* de los laicos el que su estar y vivir en el mundo –propio del orden de la Creación– les haya sido confirmado, como donación carismática, por su específica vocación en el orden de la Redención. Su misión en el mundo forma parte de su misión en la Iglesia, y por ello se trata de misiones inadecuadamente distintas.

Ello se entiende mejor en el contexto de las relaciones Iglesia Mundo en que se sitúa la Constitución *Gaudium et spes* y, en concreto, el capítulo cuarto de su primera Parte, que trata de la «Misión de la Iglesia en el mundo contemporáneo». Ya en el Decreto *Apostolicam Actuositatem* n. 2, al tratarse del fin y de la misión de la Iglesia, el Concilio distingue entre una finalidad principal y directa de la Iglesia, consistente en la salvación de las almas, y otra finalidad indirecta, consistente en llevar el mundo a Dios, lo que podríamos llamar la instauración cristiana del orden temporal; y considera que se trata de una tarea, de un «apostolado», que corresponde a todos los miembros de la Iglesia, aunque de diversas maneras: en el caso de los laicos, su función específica se pone precisamente en esa tarea de la santificación del orden temporal *ab intra.*

En el citado capítulo de la Constitución *Gaudium et spes* se vuelve de nuevo sobre la cuestión y se expone en qué consiste la misión de la Iglesia en su relación con el mundo, articulándola en torno a su servicio al hombre, a la sociedad y a la actividad humana. Al referirse a esta última, en el n. 43 de su texto, el Concilio dedica párrafos elocuentes al papel de los laicos en cuanto miembros que son de las dos ciudades, de la ciudad terrena y de la ciudad espiritual. En esos párrafos se encuentran ideas extraordinariamente sugerentes sobre la misión de los laicos en la Iglesia y en el mundo. De ellas quisiera destacar especialmente dos.

En primer lugar, la de que es a los laicos a quienes corresponden propiamente, aunque no exclusivamente, las tareas y actividades seculares. El Concilio

encomienda inequívocamente a los laicos la construcción de la ciudad temporal, mientras que renuncia a la construcción de ese orden en un régimen de Cristiandad de carácter teocrático.

Según el Concilio, es «a la conciencia bien formada del seglar a quien toca lograr que la ley divina sea inscrita en la vida de la ciudad terrena». Por el contrario, afirma que «de los sacerdotes los laicos pueden esperar orientación o impulso espiritual. Pero no piensen que sus pastores estén siempre en condiciones de poderles dar inmediatamente solución concreta en todas las cuestiones, incluso graves, que surjan. No es ésa su misión» (GS n. 43). Por ello, el Concilio recuerda inmediatamente la libertad que a todos los fieles compete en las materias temporales.

Me parece importante subrayar ahora que si la Iglesia ha renunciado a construir el orden temporal en régimen de Cristiandad, ello no descarga, sin embargo, a fieles y sacerdotes de su propia misión en relación con la necesaria e imprescriptible restauración cristiana de lo temporal. Aquí también se requiere una cooperación orgánica: la tarea directa corresponde a los laicos, guiados por su conciencia cristiana bien formada y haciendo uso de la libertad que la Iglesia les reconoce en materias temporales. La tarea de los pastores también es imprescindible, y consiste, ante todo, en el empeño por una sólida formación de las conciencias de los fieles, a la que debe acompañar, cuando sea necesario, el juicio moral sobre situaciones públicas contrarias a la Doctrina social de la Iglesia y, en última instancia, a la dignidad de la persona humana.

La segunda idea que quisiera subrayar del citado texto conciliar es la que se refiere a la necesaria unidad de vida, como exigencia ineludible para realizar la misión propia de los laicos en la Iglesia y en el mundo. El divorcio entre fe y vida diaria es calificado por el Concilio como uno de los errores más graves de nuestra época. Al denunciar este error el Concilio descalifica, al mismo tiempo, dos actitudes que se han dado y pueden darse continuamente en la vida de muchos que se llaman cristianos. De una parte, la actitud más bien propia de un espiritualismo desencarnado que, pretextando que no tenemos aquí morada permanente pues buscamos la futura, se desentiende y descuida sus ocupaciones temporales incurriendo así en una grave incoherencia con la fe que se practica, la cual debiera ser más bien un motivo que impulsase a un más perfecto cumplimiento y realización de esas tareas. De otra parte, queda descalificado también el planteamiento temporalista de quienes establezcan una escisión entre su fe religiosa y sus actividades terrenas, considerando que todas éstas se mueven en un orden distinto y autónomo, cuyas leyes se basan en intereses meramente utilitarios, mientras que la vida religiosa queda reducida a ciertos actos de culto

y al cumplimiento de determinadas obligaciones morales. Ambas actitudes nos acechan continuamente y será preciso desenmascararlas allí donde se encuentren para evitar que puedan causar un daño irreparable a la genuina imagen del cristiano y de la Iglesia.

Podríamos referirnos a otras muchas materias, que el Concilio ha puesto también de manifiesto al referirse al tema de los laicos. La brevedad de mi intervención en este acto no permite ni siquiera enumerarlas. Pero antes de acabar mi exposición quisiera referirme a una cuestión que considero de importancia primordial para evitar que los frutos que se esperan del Concilio, en materia de tanto interés para la vida de la Iglesia y de la mayor parte de sus miembros, que al fin y al cabo son los fieles laicos, pudieran quedar sin eficacia, y para evitar que la enseñanza conciliar en esta materia se malogre, por no ponerse los medios a la hora de llevarla a la práctica. Me refiero a la necesidad de la formación cristiana de los laicos; todavía más, a la necesidad de una asistencia espiritual adecuada, y al esfuerzo pastoral que la impartición intensa y orgánica de esa formación y de esa asistencia requiere de toda la Iglesia; esfuerzo que en este caso, afecta especialmente a los Pastores y a lo que, en términos canónicos, podríamos llamar la Organización Eclesiástica. A ello se ha referido también el Concilio.

En efecto, en diversos lugares y documentos el Concilio aborda esta cuestión. Así, se subraya el Derecho de todos los fieles a recibir con abundancia de sus Pastores, entre otros auxilios espirituales, la enseñanza de la Palabra y la administración de los Sacramentos (LG n. 37). Se hace hincapié en la necesidad de la formación de los laicos para el apostolado (AA n. 28). Al tratarse de las funciones de los Obispos, de los párrocos, y de los presbíteros en general, se exhorta a reconocer y promocionar la vocación y misión de los laicos, así como a una asistencia pastoral individualizada, que tenga en cuenta las diversas situaciones personales y los diversos grupos de fieles (CD n. 16-18 y 30; PO n. 9). Se habla de la importancia de la educación cristiana para todos los fieles y de la necesidad de la Catequesis, extendida a jóvenes y adultos (GE n. 2; CD n. 14). Se enumeran todos los medios de que se dispone para esa formación de los laicos –sesiones, congresos, retiros, ejercicios espirituales, reuniones numerosas, conferencias, libros, comentarios, etc.–, y se expresa el deseo de que se erijan centros e institutos superiores que impartan esa formación (AA n. 32); más aún, se desea que numerosos seglares reciban una formación suficiente en las Ciencias Sagradas, y que muchos de ellos se dediquen ex profeso a estos estudios y profundicen en ellos (GS n. 62).

Me parece que estas alusiones citadas son una muestra suficiente del deseo y de la preocupación del Concilio por la formación espiritual y apostólica de

los laicos, como un modo absolutamente necesario para conseguir los objetivos que se propone la propia misión de la Iglesia. Tras veinte años de postconcilio, basta echar una mirada alrededor y contemplar la situación de la Iglesia y de las comunidades cristianas, para darse cuenta de que, a pesar de todo lo que se ha comenzado a realizar ya, es mucho más todavía todo lo que queda por hacer. No me parece exagerado afirmar que nos encontramos todavía en los comienzos de la aplicación del Concilio, en este punto capital para la efectividad de su doctrina y de su enseñanza. El viento del Espíritu, convocando a la Iglesia a una nueva profundización en el mensaje conciliar y a una adecuada aplicación de sus orientaciones y directivas, nos impulsa de nuevo a la esperanza y a intensificar nuestro esfuerzo para que las disposiciones del Concilio se hagan realidad. Depende de ello la plena realización de la misión de la Iglesia, depende de ello la cristianización del mundo, en la que los laicos deberán desempeñar su propia función, a la que han sido llamados por una vocación peculiar.

5

EL DERECHO DE LA COMUNIÓN ECLESIÁSTICA*

(A propósito del discurso de Juan Pablo II al IV Congreso Internacional de Derecho Canónico)

Sumario: 1. Introducción al discurso del Papa: algunos recuerdos personales. 2. En continuidad con el magisterio del Concilio Vaticano II y del Papa Pablo VI. 3. El misterio de la Iglesia y los fundamentos del Derecho Canónico. 4. Cuestiones del Derecho público externo de la Iglesia. 5. La teoría fundamental del Derecho Canónico y la colaboración interdisciplinar entre las ciencias eclesiásticas. 6. El Derecho Canónico como «*ius caritatis*» y como «*ius communionis*». 7. Derechos y obligaciones de los fieles.

1. Introducción al Discurso del Papa: algunos recuerdos personales

Transcurridos veinte años desde la celebración del IV Congreso Internacional de Derecho Canónico, que tuvo lugar en Friburgo (Suiza) y que estuvo dedicado al estudio de «los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia y en la sociedad», la Revista «*Fidelium Iura*» quiere que se vuelva de nuevo sobre esta cuestión teniendo en cuenta la perspectiva de los años transcurridos y los hechos posteriores que pueden ser significativos, como pudieran ser la promulgación de los Códigos de Derecho Canónico, latino y oriental. En este sentido, se me ha invitado a comentar el discurso que su Santidad el Papa Juan Pablo II dirigió el 13 de octubre de 1980 a los participantes en el Congreso, que se desplazaron a Roma para asistir a esa Audiencia especial.

Recuerdo ante todo con qué ilusión viajamos a Roma desde Friburgo una gran mayoría de los que asistimos a las sesiones del Congreso, que tuvo lugar entre los días 6 y 11 de octubre de 1980. Los que hicimos el viaje por ferrocarril tuvimos ocasión de comentar las diversas incidencias de las sesiones congresuales y pudimos seguir discutiendo sobre los temas que fueron objeto de debate.

(*) Publicado, en «Fidelium iura», 10, 2000, 13-29.

Al mismo tiempo, con aire festivo, caminábamos hacia Roma con el espíritu de los peregrinos, deseando tener esa Audiencia con el Santo Padre, al poco de iniciarse su pontificado. Confiábamos en que la Audiencia nos diera ocasión de saludar personalmente al Santo Padre, como así fue, y nos hacía ilusión escuchar sus palabras una de las primeras veces en que iba a tener ocasión de dirigirse a los canonistas y de manifestarnos su autorizada opinión sobre el Derecho Canónico.

La celebración de la Audiencia no sólo no defraudó nuestras expectativas sino que las colmó plenamente.

Tras unas palabras de presentación del Prof. Pietro Agostino D'Avack, hasta entonces Presidente de la *Consociatio,* el Santo Padre pronunció un bello discurso sobre el Derecho Canónico y sobre las cuestiones que habían sido objeto del Congreso. Al final de la Audiencia, un Juan Pablo II pletórico de juventud y de vitalidad nos fue saludando uno por uno a todos los congresistas asistentes al acto, entreteniéndose con unos y con otros sin ninguna prisa, dando a entender que estaba encantado de recibirnos y departir con nosotros. Su Bendición Apostólica nos confortó y nos animó a todos a seguir trabajando en nuestra tarea de canonistas. Ya sabíamos que el Papa estaba interesado en nuestro trabajo y que nos animaba incluso a prestarle ayuda en su oficio de Supremo Pastor de la Iglesia.

Si se me permite una confesión personal, para mí fue también una ocasión de dar muchas gracias a Dios por haber podido conocer y saludar personalmente al Papa, y haber recibido su Bendición, el mismo día en que celebraba mi Santo, en la fiesta de San Eduardo, rey y confesor.

2. En continuidad con el Magisterio del Concilio Vaticano II y del Papa Pablo VI

El Congreso de Friburgo se celebra, pues, en los comienzos del Pontificado de Juan Pablo II, un pontificado que se propuso como Programa el desarrollo y aplicación del magisterio y directrices del Concilio Vaticano II para llevar a la Iglesia al nuevo milenio. El Papa estaba comenzando a desarrollar el riquísimo magisterio que ahora conocemos, tratando con su voz autorizada las diversas cuestiones que interesan a la Iglesia y a los cristianos. Lo hacía con la fuerza de su impronta personal, de la que se ha valido el Espíritu Santo para hablar a la Iglesia del final del milenio. Sus palabras no dejan a nadie indiferente.

El discurso que nos dirige a los canonistas con motivo del Congreso de Friburgo es también una pieza maestra de su magisterio sobre este tema específico.

Ordenadamente, en doce puntos, expone con brevedad los principios que sirven de fundamento al Derecho Canónico y a una verdadera Teología del Derecho. Se refiere también en algunos de esos puntos al tema del congreso, los derechos fundamentales del cristiano y los derechos del hombre. Destaca algunas cuestiones, matiza otras, y anima a todos los estudiosos y expertos en Derecho Canónico a seguir trabajando para prestar un servicio a la Iglesia.

Sin pretender hacer un análisis exhaustivo del contenido de su discurso, para lo que remito al lector a la lectura directa del mismo, me limito a subrayar algunas cuestiones allí tratadas.

En los primeros cuatro puntos en que se divide, el Papa saluda a los congresistas y agradece el servicio que los Congresos Internacionales de Derecho Canónico prestan a la Iglesia. A continuación, sitúa su magisterio pontificio en continuidad con el magisterio de su Predecesor, el Papa Pablo VI, que deseó muchas veces contemplar el misterio de la Iglesia y, dentro de él, el lugar y la función que corresponde al Derecho Canónico. Pablo VI alentó también la colaboración interdisciplinar entre las diversas disciplinas sagradas y recalcaba, siguiendo el parecer del Concilio Vaticano II, la necesidad de una verdadera Teología del Derecho Canónico. Juan Pablo II confirma expresamente ese magisterio y desea seguir desarrollándolo.

Otro punto importante del magisterio de Pablo VI que Juan Pablo II destaca es el que se refiere a las razones eclesiales del Derecho Canónico, que Pablo VI consideraba como un Derecho de comunión (*ius communionis)* y un Derecho de caridad (*ius caritatis).* Juan Pablo II considera que de aquí deriva un importantísimo deber para la Iglesia. Al considerar su propio misterio de comunión, la Iglesia posee la capacidad de comprender al hombre y, por tanto, puede señalar con más precisión los principales derechos que especifican su naturaleza y defienden su dignidad.

3. El Misterio de la Iglesia y los fundamentos del Derecho Canónico

En la parte central de su discurso, concretamente en los puntos 5, 6 y 7, el Papa trata de los principios que, según sus mismas palabras, «constituyen el fundamento del Derecho de la Iglesia y forman la verdadera Teología del Derecho».

En el punto 5, el Papa manifiesta la necesidad de profundizar en el misterio de la comunión, por ser expresión de la naturaleza de la Iglesia. La comunión eclesial está en relación, ante todo, con el misterio de comunión que es la Santísima Trinidad. Esta comunión de vida y de amor es participada por el hombre a

través de Cristo, que es quien nos une íntimamente a Dios. Por ser Dios la medida del hombre, el hombre ha de volver constantemente a Jesucristo, Dios encarnado, si desea conocerse mejor como hombre y desea que el mundo sea humano.

Por esta razón, para conocer la verdadera dignidad y libertad del hombre hay que dirigirse necesariamente a Jesucristo y contemplar el misterio de Cristo. Es Cristo quien ha devuelto al hombre su dignidad y libertad perdidas. La verdadera liberación del hombre se encuentra en Cristo, y Cristo vive en la Iglesia. Por tanto, la verdadera liberación del hombre llega a su plenitud mediante la experiencia de la comunión eclesial.

Si para conocer la dignidad del hombre hay que mirar al misterio de Cristo, de modo semejante, para conocer la naturaleza del Derecho eclesial y los derechos primarios de los cristianos hay que contemplar el misterio de ese «Cristo total» que es la Iglesia. El lugar y función del Derecho Canónico y la naturaleza de los derechos de los fieles sólo pueden revelarse contemplando el misterio de la Iglesia.

En el punto 6 de su discurso, el Papa prosigue esa clarificación de los fundamentos del Derecho Canónico. Ante todo, considera que el orden eclesial rectamente entendido es un verdadero orden jurídico en el fuero externo. Pero este orden tiene sus propias características, que derivan de los valores a los que sirve. Concretamente, el orden Canónico está orientado a la consecución de la paz en la comunión (*pacem in communione)*. Esta paz deberá ser caridad.

Por tanto, nadie debe llamarse a engaño: el Derecho no se opone a la caridad. Por el contrario, la caridad reclama al Derecho para significar y asegurar en esta tierra sus necesarias exigencias. Lo cual es tanto como decir que el Derecho Canónico ha de ser también una especie de «sacramentum caritatis», signo que manifiesta la caridad en orden a la comunión.

Las exigencias de la caridad se comprenden mejor cuando son vistas no sólo a la luz de Dios y del Amor de Dios sino también en relación con las estructuras vivas de la misma Iglesia. La Iglesia es, por decirlo de alguna manera, como una prolongación de la Encarnación del Verbo, que se hizo hombre para hacer partícipes a los hombres de la libertad de los hijos de Dios. La Iglesia es, a la vez, el Cuerpo Místico de Jesucristo y la comunión de los Santos.

El Papa señala ahí cuáles son los bienes y valores a los que se orienta y sirve el Derecho Canónico. Aunque se trata de un verdadero orden jurídico en el fuero externo, ha de servir a las exigencias de la caridad y de la comunión. En este sentido, puede especificarse como un *ius communionis* y un *ius caritatis.*

En el punto 7 el Papa se refiere a las dimensiones esenciales de la comunión eclesiástica. Se trata de una comunión de fieles, pero también de una comunión

jerárquica. Dentro de esta comunión de fieles, cada bautizado ocupa su lugar, y tiene en ella su propia condición y posición, a la vez que desempeñan diferentes funciones y oficios. Todo esto dará lugar al correspondiente estatuto jurídico de derechos y deberes del cristiano en la Iglesia, diferente según se atienda a la condición común o a la condición propia de los fieles.

Por otra parte, aunque es el Espíritu Santo quien realiza esta comunión, al Colegio Episcopal y a cada uno de los Obispos en cuanto sucesores de los Apóstoles es a quienes corresponde promoverla y conservarla. Para ello, cuentan con un triple *munus* de santificar, enseñar y regir que han recibido por la sucesión Apostólica, a través del Sacramento del Orden. En el seno de la comunión jerárquica el sucesor de Pedro es la piedra angular en torno a la cual se edifica la Iglesia. Pedro es también quien preside a esta comunión de caridad que es la Iglesia. Finalmente, la comunión jerárquica puede considerarse también una comunión ministerial al servicio de todos los fieles cristianos. La comunión jerárquica está ordenada a la comunión de los fieles.

Todos estos principios constituyen el fundamento del Derecho de la Iglesia y son la base para la elaboración de una Teoría Fundamental del Derecho Canónico y de una Teología del Derecho. Por tanto, según la mente del Santo Padre, es ineludible que estas disciplinas canónicas y teológicas investiguen el misterio de la Iglesia, misterio de comunión de características peculiares, que exige también un orden jurídico.

4. Cuestiones del Derecho Público Externo de la Iglesia

Hasta aquí, el Papa se ha referido a cuestiones que, con terminología clásica, podríamos considerar de Derecho Público interno de la Iglesia Católica. A continuación, en los puntos siguientes de su Discurso, se refiere más bien a cuestiones relacionadas con el Derecho Público externo de la Iglesia. En ellas considera que, siendo la misión de la Iglesia la salvación de los hombres, debe trabajar para que se conozcan mejor los derechos fundamentales del hombre y para influir en su cumplimiento y ejecución. En particular se refiere a los derechos de la familia, de los grupos sociales y de las comunidades religiosas.

En primer lugar, la Iglesia no ha cesado nunca de tutelar estos derechos dentro de su propio ordenamiento jurídico. Incluso ha llegado a establecer penas canónicas para quienes atentaban contra la vida o la dignidad del hombre, o contra quienes lesionan su fama o le privan de libertad (cfr., por ejemplo, cánones 2350 y 2352-2355 del Código de Derecho Canónico de 1917, que es el vigente en el momento del Discurso que comentamos). A partir del Vaticano II

se inició una renovación del Derecho de la Iglesia en la que estuvo muy presente la definición de los derechos de los fieles. Pero los derechos de los cristianos reclaman también –como base suya– los derechos primarios del hombre. Por eso el Derecho de la Iglesia no puede despreciar esos derechos, sino que debe seguir contribuyendo a su aplicación y promoción.

Por otra parte, la Iglesia ha contribuido a la promoción de la dignidad humana y de sus derechos mediante el ejercicio de su «munus docendi» y del ministerio de la predicación. Así, ha favorecido la paz entre las naciones, ha proclamado el Derecho de todas las naciones a su libertad, ha invocado la fidelidad en los pactos, y ha alentado la creación de una autoridad universal sobre las naciones para promover la paz en el mundo y la unidad entre los hombres.

Además de la tarea que la Iglesia ha desarrollado y sigue desarrollando como institución, también se preocupa de alentar a los fieles cristianos para que, en cuanto ciudadanos, procuren trabajar a fin de que los derechos fundamentales de la persona sean reconocidos y respetados en las leyes civiles. En este sentido, el Papa hizo un llamamiento en su Discurso a los fieles laicos que se dedican al estudio e investigación del Derecho. A ellos corresponde, como parte de su misión en la Iglesia, contribuir con su trabajo profesional a que las leyes civiles expresen del modo más adecuado posible la ley de la sabiduría divina, inscrita en el corazón de los hombres; como, así mismo, que las leyes que violan esos derechos fundamentales sean modificadas por normas respetuosas con esos derechos. El Papa enumera el Derecho a la vida desde la concepción hasta la muerte, el Derecho a la dignidad, a la integridad y a la libertad.

El Papa cierra sus consideraciones sobre el Derecho Público externo de la Iglesia recordando que la distinción entre el orden político y el orden religioso no pueden significar una separación absoluta entre la comunión eclesial y la comunidad humana. Cada día que pasa existe una conciencia mayor de que la suerte futura del hombre sobrepasa las cuestiones del orden político. Hay problemas que no pueden resolverse mediante la acción institucional del Estado. Existe el peligro de que el desarrollo técnico ahogue el mundo espiritual. Por eso, el Papa se siente en la obligación, por razón de su oficio exclusivamente espiritual, de dar testimonio de la verdadera grandeza del hombre en toda la complejidad de su vida y existencia. La excelencia del hombre fluye del Amor de Dios que nos creó a su imagen y nos hizo capaces de la vida eterna.

El Santo Padre termina su Discurso con una exhortación. Primero, recuerda a los congresistas que el trabajo que desarrollan guarda una estrecha unión con la propia misión del Romano Pontífice. A continuación, invita a todos, haciendo una petición que conmueve, a seguir ofreciéndole su ayuda con un trabajo lleno

de alegría y constancia. Según el Papa, el Derecho de la Iglesia puede y debe informar y promover el Derecho de la humanidad. Por eso, al profundizar en el estudio de los derechos fundamentales de los cristianos se está influyendo para que se conozcan mejor y se lleven más a la práctica los derechos primarios del hombre. De este modo, se contribuye también a la comprensión y tutela de la verdadera dignidad humana.

5. La Teoría Fundamental del Derecho Canónico y la colaboración interdisciplinar entre las Ciencias Eclesiásticas

La «mens legislatoris» es norma de interpretación de las leyes eclesiásticas (c. 17 del CIC). La mente del legislador se expresa en las propias normas canónicas de Derecho positivo, pero el Romano Pontífice no es solamente el sujeto de la Autoridad Suprema de la Iglesia (junto con el Colegio Episcopal) (c. 331), sino también Doctor Supremo de todos los fieles (c. 749 § 1). Esa unidad entre Magisterio y Gobierno en la persona del Papa lleva consigo la necesidad de atender también al ejercicio del magisterio papal para conocer mejor la mente del legislador Canónico. Por eso, también para la interpretación del Derecho Canónico, tienen mucho interés los actos del Magisterio Pontificio, y, en particular, cuando se trate de manifestaciones del magisterio que tratan expresamente del Derecho Canónico y de la tarea que compete a los canonistas. De ahí su interés como punto de referencia al que debemos seguir acudiendo quienes de un modo u otro nos dedicamos al Derecho Canónico. Pero diría también que los diferentes aspectos tocados en el Discurso del Papa, y que he intentado destacar, siguen teniendo ahora, a los 20 años de ese evento, plena actualidad y vigencia.

Siguiendo la pauta ya iniciada por Pablo VI, Juan Pablo II insiste en la necesidad de elaborar un Derecho Canónico que no se canse de mirar al Misterio de la Iglesia. En este sentido, los dos Pontífices no hacen más que seguir las directrices del Concilio Vaticano II. Pero podría ocurrir que, con el paso del tiempo, se olvidase esta decisiva directriz metodológica o no estuviese en el primer plano de la Ciencia Canónica. Por ello es conveniente recordarlo oportunamente. Por lo demás, esta orientación vale a la hora de elaborar una Teología o Teoría Fundamental del Derecho Canónico, pero también a la hora de cultivar cualquiera otra rama o sector del Derecho de la Iglesia. Todos los cultivadores del Derecho Canónico han de atenerse al principio general de la «Salus animarum» como ley suprema, pero este principio sólo será entendido correctamente a partir de una reflexión profunda sobre el Misterio de la Iglesia.

La investigación del misterio de la Iglesia como punto de partida de la Ciencia Canónica, lleva también consigo la necesidad de establecer una adecuada colaboración interdisciplinar entre los cultivadores de las Ciencias Eclesiásticas. La Ciencia Canónica necesita colaborar estrechamente con la Teología Dogmática, con la Teología Moral, con la Teología Pastoral, etc. En particular, necesita de una estrecha colaboración con la Teología de la Iglesia y con la Teología del Derecho Canónico. Esta última disciplina necesita desarrollarse mucho más, a partir de la orientación conciliar a que antes nos referíamos. Lo mismo podría decirse de una Teoría Fundamental del Derecho Canónico elaborada por canonistas a partir de su propia metodología jurídica. Tal colaboración interdisciplinar exige superar todo tipo de recelos entre teólogos y canonistas, que no deberían verse como competidores sino como coadyuvantes en orden a una misma finalidad de servicio a la Iglesia.

El misterio de la Iglesia es un misterio de comunión y este es otro punto que el Papa anima a profundizar. El Papa señala la relación existente entre la comunión eclesiástica y la Comunión en el seno del Misterio Trinitario. Y se refiere también a la relación entre el Misterio de Cristo y el Misterio de la Iglesia. A todo esto se había referido ya el Vaticano II, y el Papa quiso subrayarlo de nuevo. La Ciencia Canónica debe seguir profundizando en las consecuencias que para ella derivan de la íntima relación entre Cristo y la Iglesia, en particular la consideración de la Iglesia como Cuerpo Místico de Cristo. Esta relación, expuesta ya autorizadamente por el Magisterio del Papa Pío XII, ha sido asumida de nuevo por el Magisterio Conciliar del Vaticano II al tratar de las diferentes imágenes de la Iglesia. No es preciso detenerse en la fecundidad que esta doctrina ha tenido para la fundamentación de las instituciones canónicas. Pero conviene no olvidarlo para que pueda continuar siendo un concepto relevante para el Derecho Canónico. La visión de la Iglesia como un cuerpo orgánico y diferenciado, dotado de unidad y diversidad a la vez, basada en la noción de Cuerpo de Cristo, sigue siendo utilísima para explicar tantas consecuencias jurídicas que de ahí derivan.

6. El Derecho Canónico como «Ius Caritatis» y como «Ius Communionis»

Otro punto señalado por el Papa es la relación entre justicia y caridad, que se da en el misterio de la Iglesia. Se trata de un tema capital, sobre el que siempre es preciso hilar muy fino para no separar lo que debe estar unido, y para no confundir lo que debe distinguirse. El Papa considera el Derecho Canónico como un

verdadero orden jurídico orientado al servicio de la comunión, y por tanto, de la caridad. La comunión y la caridad son valores a los que debe servir el Derecho Canónico. Por otra parte, la caridad tiene unas exigencias de justicia que reclaman también el cumplimiento de lo debido. Esto vale también con respecto a la Comunión, que «no es un vago afecto sino una realidad orgánica, que exige una forma jurídica y que, a la vez, está animada por la caridad» (Nota explicativa previa, 2. ª, de la Constitución Conciliar «*Lumen Gentium*»). La justicia es un alto valor social, pero en la Iglesia no es el valor supremo, y está subordinado a la caridad y a la comunión, como está subordinado también a la «*salus animarum*». En este sentido no hay que tener miedo a hablar del Derecho Canónico como un Derecho de Caridad y un Derecho de Comunión.

El Papa destaca, además, que la Iglesia no es solamente comunión de fieles, orgánicamente diferenciada, sino también comunión jerárquica, presidida por el Colegio Episcopal bajo el Romano Pontífice. Los Obispos, en cuanto sucesores de los Apóstoles por medio del Sacramento del Orden, han recibido el triple «*munus*» para promover y conservar la comunión eclesiástica. El Primado de Pedro garantiza también esa unidad entre los Pastores y entre los fieles. Pero, a la vez, el sentido de la Autoridad Suprema que ha recibido el Colegio Episcopal, con y bajo el Papa, es el de servir a la comunión eclesiástica.

En unos cuantos rasgos, el Papa resume los principios por los que se rige la Organización jerárquica de la Iglesia. Son principios básicos del Derecho público de la Iglesia, de acuerdo con la Eclesiología Conciliar del Vaticano II. La Ciencia Canónica postconciliar ha ido asimilando también, poco a poco, el sentido de la potestad eclesiástica como un servicio a los fieles. Se puede avanzar todavía mucho en la deducción de las consecuencias que de ahí derivan para el ejercicio de la potestad eclesiástica, una vez superado cualquier tipo de motivación reivindicativa, ajena a lo que deben ser las actitudes eclesiales.

7. Derechos y obligaciones de los fieles

El tema del Congreso Internacional celebrado en Friburgo fueron los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia y en la sociedad. Tiene dos vertientes. Una de Derecho Canónico: los derechos fundamentales en la Iglesia. Y otra de Derecho Eclesiástico del Estado: los derechos fundamentales del cristiano en la sociedad. A ambas cuestiones se refirió el Discurso de Juan Pablo II que comentamos. El que ha sido considerado Papa de los derechos humanos no podría menos de sentir un gran interés por estas cuestiones. Lo confesó abiertamente en su Discurso: «¿Puede haber algo que revista más interés que el definir mejor los

derechos fundamentales de los cristianos para que puedan ser respetados más convenientemente? ¿Y hay algo más necesario que el respeto y la defensa de los derechos primarios del hombre sobre todo en nuestra época?».

En este comentario, quiero ceñirme solamente a los temas del Derecho Canónico y no me referiré, por tanto, a las alusiones que el Papa hizo a la problemática de Derecho Eclesiástico estatal que plantea el reconocimiento de los derechos de los fieles en cuanto ciudadanos, temática que puede reconducirse al reconocimiento del Derecho fundamental de libertad religiosa y demás.

Por lo que se refiere a los derechos del cristiano en la Iglesia, Juan Pablo II quiso citar expresamente al Papa Pablo VI. Juan Pablo II recordó que el Papa Pablo VI con mucha frecuencia recalcó el valor de los derechos fundamentales y destacó los principales derechos del cristiano para que ahí se inspirara el nuevo código de Derecho Canónico postconciliar en su momento. Por otra parte, para Juan Pablo II, la definición de los derechos primarios de los cristianos exige realmente un trabajo arduo. El Concilio Vaticano II, según el Papa, emprendió esta labor entre grandes dificultades. Y esta labor debe continuar. Para el Papa, que pronuncia su Discurso cuando todavía no se había promulgado el Código de 1983, la renovación del Derecho de la Iglesia contribuirá por su parte a la conservación de esos derechos y a la puesta en práctica de los mismos.

Veinte años después de pronunciado ese Discurso, y una vez promulgado el Código de Derecho Canónico de 1983, ¿podríamos hablar de un reconocimiento de los derechos fundamentales del fiel por parte del Derecho Canónico? La respuesta a esta pregunta sólo puede darse con muchos matices. Es verdad que el Código de Derecho Canónico ha definido por primera vez en el Derecho de la Iglesia un elenco de «deberes y derechos de los fieles». En este sentido, cabe decir que el Código contiene una verdadera declaración de los derechos y obligaciones.

Pero también es verdad que no se ha promulgado el Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia que, cuando Juan Pablo II pronunciaba el Discurso que estamos comentando, había creado unas expectativas de reconocimiento de tales derechos muy superiores a lo que ocurriría, una vez descartada la promulgación del Proyecto. Como es sabido, esa declaración de derechos contenida en el Proyecto de «*Lex Ecclesiae Fundamentalis*» pasó sustancialmente al Código de Derecho Canónico, pero sin la cualificación y garantías que el Proyecto de LEF había previsto para tales derechos. Entre otras cosas, cabe dudar de que todos los derechos de los fieles reconocidos por el actual Código puedan ser calificados de fundamentales. Habrá que distinguir entre unos y otros, y analizar la relación con el *ius divinum Ecclesiae.* Su carácter de fundamentales no puede derivar ya de su reconocimiento en un texto con forma de Ley Fundamental, sino de su

contenido y vinculación con el Derecho divino. Por otra parte, las garantías que ofrece el Código para la protección de esos derechos son mucho más débiles que las que previó, en su momento, el Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia. Por eso, algunos autores han hablado de derechos de los fieles «debilitados», disminuidos en cuanto a su valor y garantías.

¿Quiere esto decir que no se ha avanzado en el reconocimiento de los derechos de los fieles? La respuesta, en este caso, es negativa. Se ha avanzado mucho en el reconocimiento de esos derechos. El Código de Derecho Canónico los recoge y los protege con ciertas garantías. No es lo que algunos hubiesen deseado, pero es un reconocimiento que hay que calificar de positivo y aceptable, atendidas todas las circunstancias, también la oposición que ese reconocimiento pudo encontrar en algún sector de la Iglesia. En realidad, el Código adopta una vía media entre el todo y el nada, quizá la única vía posible. Por eso, se ha dado un gran paso adelante en la declaración y reconocimiento de esos derechos.

Y habría que añadir que el legislador ha acertado también plenamente cuando ha completado esa declaración de derechos con otra declaración paralela de las obligaciones que competen a los fieles. En el Derecho de la Iglesia los derechos de los fieles no pueden tener un carácter reivindicativo de oscuros intereses particulares, sino que muchas veces serán el cauce ordenado para cumplir los deberes y obligaciones propias de los cristianos. Es la propia fidelidad a Cristo y a la Iglesia, que todos los fieles cristianos están llamados a vivir, lo que exige también el reconocimiento de facultades y de poderes para poderlo llevar a cabo ordenadamente. Para eso se necesitan los cauces y procedimientos adecuados amparados por el Derecho.

La doctrina canónica está llamada ahora a seguir profundizando en la tarea de análisis y estudio de los diversos derechos y obligaciones reconocidos a los fieles por el actual Derecho vigente de la Iglesia, en particular por los Códigos de Derecho Canónico latino y oriental. Esa tarea será de gran ayuda para los fieles, que podrán ser cada vez más conscientes de su estatuto jurídico en la Iglesia; y será también de gran ayuda para las diversas instancias eclesiásticas llamadas a desarrollar normativamente o a aplicar los derechos y obligaciones de los fieles. Parte importante de esta tarea de estudio ha de ir encaminada a conseguir una mejora paulatina de los medios de protección y defensa de esos derechos en la praxis de la Iglesia. En este sentido, puede tener un particular interés la contribución a un perfeccionamiento de los recursos administrativos y judiciales existentes como garantía de tales derechos.

Todo esto es lo que parecía desear el Papa Juan Pablo II en su Alocución al Congreso de Friburgo. Todo esto es lo que nos pidió expresamente en aquella

inolvidable Audiencia concedida a los congresistas. Por eso quiero terminar este breve comentario a su Discurso, transcurridos veinte años desde su celebración, reproduciendo las que fueron sus últimas palabras, que siguen resonando como una llamada estimulante en todos aquellos que cultivamos la Ciencia Canónica: «¡Os pedimos por tanto que continuéis ofreciéndome esta ayuda en el trabajo con alegría y firmeza! El Derecho de la Iglesia debe empapar y promover el Derecho de los hombres. Cuando profundizáis en el estudio de los derechos fundamentales de los cristianos estáis influyendo para que se conozcan mejor y se lleven más a la práctica los derechos primarios de los hombres: ¡Acrecentáis cada vez más, según el plan de Dios, la inteligencia y la defensa de la verdadera dignidad de la persona humana!».

6

EL DERECHO CANÓNICO A LOS XX AÑOS DE LA PROMULGACIÓN DEL CIC*

Sumario: 1. Introducción. 2. Saludo del cardenal secretario de Estado. 3. Intervención del Presidente del Pontificio Consejo para los Textos Legistaltivos 4. El discurso del Papa.: 4.1. *La estrecha relación entre el Concilio Vaticano II y el código de Derecho Canónico.* 4.2 *Cultura jurídico–canónica y pastoral.* 4.3. *Derecho divino y positivismo jurídico.* 4.4. *La tradición de la Iglesia y la tradición canónica.* 4.5. *Magisterio y Derecho. La interdisciplinariedad de las ciencias sacras.* 4.6. *Derechos y deberes de los fieles y potestad de gobierno en la Iglesia.* 5. Conclusión.

1. Introducción

Atendiendo a una petición de la Revista «*Ius Canonicum*», en estas páginas me propongo hacer una breve crónica de la «Jornada Académica», convocada por el Pontificio Consejo para los Textos Legislativos, para conmemorar el XX Aniversario de la promulgación del Código de Derecho Canónico para la Iglesia Latina, y celebrada en Roma el 24 de enero del año en curso. Mi reseña incluirá también un comentario al Discurso del Papa Juan Pablo II con motivo de la Audiencia que concedió a los participantes a esa Jornada.

Como ocurrió hace diez años, con motivo del X Aniversario de la promulgación del Código, el Pontificio Consejo ha querido aprovechar este otro significativo Aniversario para promover una nueva celebración. Para conmemorar el X Aniversario se convocó un Simposio de varios días –celebrado del 19 al 24 de abril de 1993– en el que hubo una amplia participación en cuanto a ponencias y comunicaciones, las cuales pudieron leerse y discutirse en las sesiones previstas; y fueron posteriormente publicadas en un extenso volumen de Actas, editado por la «Librería Editrice Vaticana» bajo el título «*Ius in vita et in missione Eccle-*

(*) Publicado en «Ius Canonicum», XLIII, (86), 2003, 643-664.

siae». El Santo Padre concedió una Audiencia a los participantes en el Simposio, en la que pronunció un Discurso que se encuentra publicado también en el citado volumen.

Ahora, con motivo de este XX Aniversario de la promulgación de Código, el Pontificio Consejo ha preferido convocar una sola «Jornada Académica», celebrada también en el Aula del Sínodo de los Obispos, como ya ocurriera con el anterior Simposio. Para esta ocasión el título elegido fue «Veinte años de experiencia canónica: 1983-2003».

Al acto sólo fueron invitados como ponentes los Decanos de las Facultades de Derecho Canónico de Roma; y como participantes se quiso invitar tanto a los Cardenales y Superiores de los Dicasterios de la Santa Sede, como a Profesores y cultivadores del Derecho Canónico. De hecho, hubo una participación numerosa de Cardenales, Arzobispos y obispos, y también fue muy numerosa la asistencia de Canonistas que ejercen la docencia en Universidades o que son cultivadores o expertos del Derecho Canónico en diversos ámbitos. Hubo también entre los asistentes estudiantes de Derecho Canónico de algunas Universidades Romanas. Naturalmente, la asistencia se hizo todavía mas numerosa durante la Audiencia con el Santo Padre, que tuvo lugar a mediodía en la Sala Clementina y que estuvo completamente llena de gente.

Por lo que se refiere a la celebración de la Jornada, los actos comenzaron muy de mañana y se prolongaron hasta bien avanzada la tarde. La Jornada fue inaugurada con un Saludo del Cardenal Secretario de Estado, Mons. Angelo Sodano, que, además estuvo presidiendo las sesiones celebradas durante la mañana hasta la Audiencia con el Santo padre. A continuación tuvo lugar la intervención del Presidente del Pontificio Consejo. Mons. Julián Herranz, que dio paso a su vez a las diversas relaciones de los Decanos de las Facultades romanas. La sesión de la tarde estuvo presidida hasta el final por Mons. Herranz, que tenía a su lado al Secretario del Pontificio Consejo, Mons. Bruno Bertagna. Al acabar las relaciones de los ponentes se abrió también un turno para que pudiesen intervenir los asistentes con preguntas u observaciones. También se nos anunció que tanto los Discursos como las ponencias que tuvieron lugar durante la Jornada serían publicadas en un volumen de Actas, como hay ocurriera también en el anterior Simposio. Como quienes estén interesados en el contexto de las ponencias podrán leerlas, en su momento, cuando se edite ese volumen, me limito aquí a dar los nombres de los ponentes y los títulos de sus ponencias:

Prof. Brian Erwin Ferme, Decano de la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Lateranense, «El Código de Derecho Canónico de 1983 en perspectiva histórica».

Prof. Gianfranco Ghirlanda, Decano de la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Gregoriana, «El Derecho Canónico en el Magisterio de Juan Pablo II».

Prof. Piero Giorgio Marcuzzi, Decano de la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Salesiana, «La legislación universal postcodicial».

Prof. Velasio de Paolis, Decano de la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Urbaniana, «El papel de la ciencia canónica en el último ventenio».

Prof. Eduardo Baura, Decano de la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad de la Santa Cruz, «Pastoral y Derecho en la Iglesia».

Prof. Nikolaus Schöch, Decano de la Facultad de Derecho Canónico del Pontificio Ateneo «Antonianum», «El Derecho Canónico en el ámbito del matrimonio y de la familia».

Prof. Francisco Ramos, Decano de la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad de Santo Tomás de Aquino, «Los procesos y las sanciones al servicio de la justicia eclesial».

2. Saludo del Cardenal Secretario de Estado

En las páginas siguientes me gustaría comentar un poco más detenidamente el Discurso del Santo Padre durante la Audiencia concedida a los participantes en la Jornada, pero también quisiera referirme más brevemente al Saludo inicial del Cardenal Sodano y a la intervención, también introductoria de la Jornada, de Mons. Julián Herranz. En las palabras de saludo e introducción de ambos dignatarios Eclesiásticos se manifiestan algunas preocupaciones respecto a la situación actual del Derecho Canónico, que, además del interés que en sí mismas puedan tener, lo tienen sobre todo porque ponen de relieve cómo es percibida la situación actual por esos destacados representantes de la Curia Romana. Esa percepción nos ayuda también a entender y enmarcar mejor las palabras pronunciadas por el Santo Padre.

El Cardenal Sodano tuvo la deferencia de estar en todos los actos que tuvieron lugar durante la mañana, y, por supuesto, también en la Audiencia con el Papa, a medio día. De este modo, quiso «testimoniar la estima que todos nosotros, miembros de la Curia Romana, tenemos por vosotros y por vuestra preciosa contribución a la vida de la Iglesia» (con estas palabras terminaba su Saludo).

Mons. Sodano comenzó su Saludo refiriéndose a la relación entre Concilio Vaticano II y Código de Derecho Canónico, desde el mismo momento en que el Papa Juan XXIII anunció la convocatoria del Concilio y, a la vez, el «*aggiornamen-*

to» del Código de Derecho Canónico como «coronación» del Concilio. Esta intención del «Papa bueno» fue confirmada después por el actual Sumo Pontífice al promulgar el nuevo Código de Derecho Canónico. Desde esta perspectiva no es difícil interpretar la Codificación postconciliar y los comentarios científicos que se le han dedicado en estos años, como un aspecto de ese gran esfuerzo de aplicación del Concilio en el que la Iglesia Universal se encuentra todavía empeñada.

Por esta razón, añadió el Cardenal Secretario de Estado, no estaba motivada esa aversión al Derecho –animus adversus ius– que se difundió en algunos ambientes de la Iglesia en los años posteriores al Concilio. Por otra parte, según Mons. Sodano, «aquella fiebre del cuerpo eclesial» ha desaparecido ya actualmente. Pero es conveniente, no solo que se siga estudiante el Derecho Canónico en las Universidades y Facultades Eclesiásticas, sino que también en los Seminarios se ofrezca a los candidatos al sacerdocio un mejor conocimiento del Derecho Canónico y de la disciplina eclesiástica.

El Cardenal abogó también por un estudio de la Historia de la Iglesia que permita conocer cómo también en los primeros siglos de la Iglesia existía un orden jurídico para la comunidad eclesiástica.

Aquí se refirió a sus estudios universitarios, que le llevaron a interesarse por S. Juan Crisóstomo, en cuyos escritos pudo constatar el valor que le concedía a la Autoridad de la Iglesia y a la disciplina eclesiástica. Fruto de esa investigación fue su tesis de Licenciatura en Derecho Canónico, realizada en la Pontificia Universidad del Laterano, sobre el pensamiento jurídico de S. Juan Crisóstomo.

Tras referirse a esta anécdota personal, dedicó la última parte de su saludo a mencionar también algunos «problemas» que necesitan de una atenta consideración, debido a los interrogantes aparecidos en el curso de estos últimos años de aplicación del nuevo Código. Entre ellos, mencionó la relación entre sacerdotes y laicos; el matrimonio y la familia; la tutela de los Sacramentos, sobre todo de la Eucaristía y la Penitencia; la problemática jurídica que plantea la enseñanza de las diversas disciplinas teológicas, etc.

Finalmente, se refirió a la toma de conciencia por parte de los fieles de sus derechos y deberes, como consecuencia de la doctrina del sacerdocio común de los fieles y de la llamada universal a la Santidad y al apostolado, puesta de manifiesto por el Concilio Vaticano II. Según el Cardenal Sodano, se trata de una temática compleja que exige seguir profundizando para evitar, por ejemplo, «el subjetivismo individualista», que llevase a una interpretación de esos derechos y deberes de modo semejante a como se conciben frecuentemente los derechos humanos en el ámbito civil. En el ámbito de la Iglesia, la óptica en que ha de

moverse el ejercicio de los derechos no puede ser una óptica individualista, sino abierta a la comunión.

3. Intervención del Presidente del Pontificio Consejo para los Textos Legislativos

Tras el saludo del Cardenal Secretario de Estado, tuvo lugar la intervención de Mons. Julián Herranz, como Presidente del Pontificio Consejo para los Textos Legislativos, y organizador de la Jornada Académica. Hay que decir ante todo que Mons. Herranz no solo tuvo esta intervención para introducir el significado de la Jornada y presentar las ponencias, sino que después hizo de moderador a lo largo de las sesiones, presentando a los ponentes y dirigiendo el debate posterior a las ponencias. Sobre él y sobre sus colaboraciones del Pontificio Consejo –muy activos durante el curso de los actos– recayó la organización de esta Jornada consiguiendo que se desarrollase de un modo sencillo y amable.

Pasando ya a su discurso de presentación de la Jornada, también Mons. Herranz comenzó refiriéndose a la estrecha relación existente entre el Concilio Vaticano II y el Código de Derecho Canónico. Recordó el deseo de Juan XXIII, antes mencionado por Mons. Sodano, al convocar el Concilio, y recordó también la afirmación del Papa Juan Pablo II contenida en la Constitución Apostólica «*Sacrae disciplinae leges*», esto es, que el nuevo Código es el fruto de «un gran esfuerzo por traducir al lenguaje Canónico» la doctrina eclesiológica del Vaticano II; y que tanto el Concilio como el Código tienen «una única y misma intención, que es la de restaurar la vida cristiana». La consecuencia que se sigue es que, para hacer operativa la doctrina conciliar, es necesario conocer y aplicar fielmente el Código de Derecho Canónico.

Según Mons. Herranz, lo que se pretendía al organizar esta jornada –que, según recordó, se organizaba de acuerdo con la Secretaría de Estado– no era tanto conmemorar un acontecimiento del pasado, sino tomar ocasión de este Aniversario para hacer una reflexión serena sobre los grandes temas del Derecho Canónico que interesan a la vida de la Iglesia. Desde esta perspectiva estaban pensadas las ponencias que iban a desarrollarse, cuyos autores y temáticas presentó a continuación.

Una vez presentados los ponentes y ponencias de la Jornada, Mons. Herranz quiso ofrecer también unas consideraciones sobre el actual momento del Derecho de la Iglesia. Tomando pie de su intervención en el anterior Simposio convocado en el X Aniversario de la promulgación del Código, volvió a reafirmarse en que, según él, actualmente no puede hablarse de una «crisis del Derecho

Canónico», pero sí de una «crisis del vivir según el Derecho». El resto de su intervención la dedicó a explicar en qué sentido había que entender sus palabras.

Por una parte, Mons. Herranz considera que las numerosas iniciativas científicas y legislativas surgidas tras la promulgación del Código de Derecho Canónico –a algunas de las cuales se refirió con detalle–, parecen demostrar que se han superado felizmente aquellos años del inmediato postconcilio en que se ponía en duda, en determinados factores, incluso hasta la propia razón de ser del Derecho de la Iglesia.

Por otra parte, sin embargo, un examen realista de la actual situación eclesiástica lleva a pensar que, en ciertos sectores, sigue existiendo una «crisis del vivir según el Derecho». Según Mons. Herranz, se trata más bien de una actitud práctica más que teórica. Una actitud que no valora suficientemente la obligatoriedad moral y la necesidad pastoral de la ley eclesiástica. Como ya expusiera en su intervención con motivo del Simposio anterior, considera que hay tres razones que causan esta crisis: los reflejos intraeclesiales de la ideología democrática, el debilitamiento del sentido de obligatoriedad moral del Derecho Canónico y, finalmente, la falta de organicidad del ministerio pastoral. El resto de su intervención lo dedicó a comentar esta última causa, que se produce cuando en el ejercicio de los «*tria munera*» se tiende a eclipsar el «*munus regendi*».

Para Mons. Herranz, los «tria munera» forman como un trípode, al que, si faltase uno de los tres puntos de apoyo, caería en tierra. Por otra parte, la organicidad del oficio episcopal consiste en que las tres funciones están destinadas a realizar una única misión, que es la de apacentar la grey del Señor («*munus pacendi*»): esa misión no puede cumplirse bien si se descuida una de las tres funciones de Cristo Pastor. Es muy necesario crear una cultura eclesial en la que sea cada vez más apreciado tanto el ejercicio del «*munus regendi*» como el de la «*sacra potestas*».

Se detuvo luego en esa manifestación del ejercicio del «*munus regendi*» que son las leyes eclesiásticas. Citando el canon 392 § 2, recordó a los Obispos que deben promover la disciplina común de la Iglesia, y que para eso han de urgir el cumplimiento de todas las leyes eclesiásticas. Si no se promulgan y aplican las leyes, si no se concurre a los procesos y a las sanciones siempre que sean necesarias, como un aspecto importante del «*munus regendi*» episcopal, se pueden infiltrar graves injusticias en el seno de la Iglesia, que pueden llegar a ser grandes problemas o verdaderos motivos de escándalo para la conciencia de los fieles.

Para conseguir estos objetivos, según el Presidente del Pontificio Consejo para los Textos Legislativos, es preciso que los canonistas y quienes cultivan el Derecho Canónico, pongan de relieve la dimensión pedagógica y, por tanto,

pastoral de la ley eclesiástica. Pero también es necesario el perfeccionamiento del estudio del Derecho Canónico en los Seminarios para que aquellos que van a tener responsabilidades pastorales en la «*cura animarum*» tengan el necesario conocimiento de la disciplina eclesiástica. En este sentido, se mostró también partidario de que sean revisadas y mejoradas las «*rationes institutionis sacerdotalis*» por las respectivas Conferencias Episcopales.

Por último, se refirió a la dimensión judicial del «*munus regendi*», afirmando que es responsabilidad del Obispo diocesano gobernar la Iglesia Particular que le ha sido encomendada, también con el ejercicio de la potestad judicial. La figura del Vicario Judicial no exonera al Obispo de esa grave responsabilidad, tampoco con el pretexto de su complicación técnica, pues el Vicario Judicial y los jueces ejercen su potestad en nombre del Obispo y «forman un único Tribunal con el Obispo». En definitiva, los Obispos Diocesanos han de vigilar la administración de la justicia y han de cuidar, por tanto, la erección de Tribunales Eclesiásticos, procurando que se formen muy bien los jueces necesarios para constituirlos.

El presidente del Pontificio Consejo terminó su Discurso haciendo un llamamiento a los cultivadores del Derecho Canónico. Es responsabilidad de los canonistas tratar de hacer comprender la importancia del Derecho en la vida de la Iglesia: como orden de justicia y, por tanto, como primaria exigencia de la caridad. En esta justicia intraeclesial, que es parte esencial de la caridad pastoral, tiene su fundamento esa «*magna disciplina Ecclesiae*», cuya tutela y promoción fue objetivo común de los dos últimos Papal anunciado en sus primeros mensajes al mundo.

4. El Discurso del Papa

A mediodía tuvo lugar el acto central de la Jornada Académica que estamos reseñando. Tal como estaba previsto, el Santo Padre nos recibió en Audiencia especial a todos los participantes. La Sala Clementina, en la que tuvo lugar la Audiencia, estaba completamente abarrotada, con muchas personas de pie en los pasillos de esta amplia estancia vaticana. Todos los asistentes teníamos deseos de estar con el Papa y escuchar su palabra autorizada sobre la situación del Derecho Canónico a los veinte años del Código.

El acto se inició con un Saludo de Mons. Julián Herranz, como Presidente del Pontificio Consejo para los Textos Legislativos y organizador de la Jornada. En sus palabras de presentación de la Jornada al Santo Padre, Mons. Herranz, recordó aquella primera alocución pontificia que tuvo lugar el 17 de octubre de 1978, poco después de la elección de Su Santidad Juan Pablo II para ocupar

la Cátedra de Pedro. En aquel Discurso, el Papa manifestó su firme propósito de promover lo que él mismo llamó «*magna disciplina Ecclesiae*». En este año en que se cumple el 25 Aniversario del actual Pontificado, afirmó Mons. Herranz, podemos dar gracias a Dios y a su Madre amadísima, «*Speculum iustitiae*», por haberle sucedido al actual Sucesor de Pedro ser el Legislador de esa «*magna disciplina Ecclesiae*» que es el actual «*Corpus Iuris Canonici*»; este es, el Código de Derecho Canónico, el Código de Cánones para las Iglesias Orientales, y la Constitución Apostólica «*Pastor Bonus*», donde se regula lo correspondiente al Gobierno Central de la Iglesia, la Curia Romana.

A continuación tomó la palabra el Santo Padre Juan Pablo II para leer un breve, pero enjundioso Discurso, que me propongo comentar seguidamente.

4.1. *La estrecha relación entre el Concilio Vaticano II y el Código de Derecho Canónico.*

En primer lugar, como respondiendo al saludo inicial de Mons. Herranz antes recordado, el Santo Padre manifestó su alegría por haber podido promulgar el nuevo Código de Derecho Canónico.

Como era de esperar, en un acto para celebrar una Jornada en el Aniversario de la promulgación del Código, el Santo Padre se refirió a esa intencionada coincidencia de fechas que tuvieron lugar el 25 de enero de 1959 –la convocatoria del Concilio Vaticano II– y el 25 de enero de 1983 –la promulgación del Código para la Iglesia Latina–. Esa coincidencia manifiesta la estrecha relación existente entre el Concilio y el nuevo Código.

En efecto, cuando el Papa Juan XXIII anunció la convocatoria del Concilio, manifestó también su intención de que se procediese a la reforma del Código de Derecho Canónico. De este modo, desde el comienzo, el entonces principal Cuerpo Legislativo de la Iglesia, en el que podemos decir que se contenía lo esencial de la Legislación eclesiástica, quedó vinculado a la obra del Concilio. Desde el principio también, los padres conciliares fueron conscientes de que al elaborar los documentos del Concilio estaban también elaborando los principios y poniendo las bases que iban a servir para reformar y actualizar el Derecho Canónico. Quizá en ningún Concilio Ecuménico de los celebrados anteriormente en la Historia de la Iglesia se había tenido esta conciencia tan clara, de que se estaba trabajando, no sólo en exponer la doctrina de la fe y de las costumbres al pueblo de Dios y al mundo contemporáneo, sino que esa tarea estaba también ligada a la actualización de la disciplina eclesiástica. Los padres conciliares sabían que la reforma del Código de Derecho Canónico les estaba también enco-

mendada a ellos, puesto que la doctrina expuesta por el Concilio iba a basarse de un modo inmediato la futura legislación eclesiástica. Esta conciencia la tenía también la Pontificia Comisión para la reforma del Derecho Canónico que se creó durante el Concilio para su reforma del Código. Desde el principio, los miembros de la Comisión fueron conscientes de que debían esperar a la terminación del Concilio para ponerse a trabajar en esa tarea.

Por otra parte, ningún otro Concilio Ecuménico anterior había tratado de un modo monográfico y completo sobre el Misterio de la Iglesia, lo que inevitablemente lleva consigo una mayor incidencia de la doctrina Conciliar sobre el Derecho Canónico. También de esto eran conscientes los padres conciliares que, además, quisieron dejar constancia del carácter de Ciencia Eclesiástica que el Derecho Canónico tiene cuando establecieron la indicación metodológica contenida en el Decreto «*Optatam totius*», n. 16 sobre la formación sacerdotal: «en la exposición del Derecho Canónico… téngase en cuenta el misterio de la Iglesia, de acuerdo con la Constitución dogmática *De Ecclesia* promulgada por este Santo Concilio». Aunque esta indicación metodológica se hiciera en un contexto con concreto, como lo es el de la formación de los sacerdotes en los Centros de estudios en que se preparan para el ministerio sacerdotal, su alcance es mucho mayor, puesto que en realidad es válida para todo el estudio e investigación de la Ciencia Canónica. Con la perspectiva de estos años del post–concilio se puede decir que ha sido tenido muy en cuenta sobre todo, a la hora de elaborar los fundamentos de la Ciencia Canónica; y, en este sentido, ha contribuido y sigue contribuyendo a una auténtica renovación del Derecho Canónico.

De modo semejante, puede decirse que el deseo del Papa Juan XXIII de reformar el Código de Derecho Canónico de 1917 ha ido también más allá de lo que hubieran podido ser las expectativas iniciales. En realidad, mediante el Código promulgado en 1983, no solo se ha procedido a la reforma de algunos cánones que hubieran podido quedar obsoletos, sino que se ha tratado de una reelaboración en profundidad, que ha dado lugar a un Código completamente renovado. Se trata ciertamente, de un nuevo Código, cuya «novedad» consiste precisamente en haberse inspirado en los principios y en la doctrina eclesiológica del Concilio Vaticano II, como se afirma en la Constitución Apostólica «*Sacrae disciplina leges*», al promulgarlo.

A los 20 años de la promulgación del Código, el Concilio sigue siendo el punto de referencia al que hay que acudir a la hora de comprenderlo, de interpretarlo y de aplicarlo. La aplicación del Código sigue siendo también uno de los modos de poner en práctica la operatividad del Concilio a comienzos de este siglo XXI. El Código es así uno de los instrumentos para la nueva evangelización

a la que se refiere continuamente el Papa Juan Pablo II. Y, a la vez, la eclesiología del Concilio Vaticano II es la guía segura para la comprensión profunda del Código. Así lo recuerda constantemente el Magisterio del Papa, quien, como recordó Mons. Herranz en su saludo inicial en la Audiencia con el Santo Padre, enseña siempre a ver en la eclesiología del Vaticano II el camino maestro, tanto para la renovación de la ciencia canónica como para la comprensión, interpretación y aplicación de la legislación eclesiástica.

4.2. *Cultura jurídico-canónica y Pastoral*

Desde su atalaya en la Cátedra de Pedro, el Papa afirma que en estos veinte años transcurridos desde la promulgación del Código «se ha podido constatar hasta qué punto la Iglesia tuviese necesidad del nuevo Código». A la vez, considera que el fenómeno de la «contestación» al Derecho ha sido superado. También en la perspectiva de los años transcurridos, se puede decir que existe una probable relación entre una y otra cosa. En los años posteriores al Concilio, y mientras se acometía la reforma del Código de Derecho Canónico, en ciertos ambientes Eclesiásticos se pudo fomentar una conciencia de un cierto «vacío jurídico», dado que el Vaticano II auspiciaba un nuevo Derecho Canónico y el «viejo Código» había quedado un tanto obsoleto. Por otra parte, para algunos, el así llamado «espíritu Conciliar» con sus motivaciones pastorales, parecía poner en entredicho hasta la propia razón de ser el Derecho Canónico.

Todo ello favorecía una difusa contestación al Derecho de la Iglesia y el renacimiento de una cierta mentalidad antijuridista, que, aunque pueda encontrar motivo en determinados abusos que deben ser evitados, no puede nunca implicar un rechazo global a la necesidad del Derecho para la existencia y el buen orden de la Iglesia. Entre otras cosas, el Derecho es necesario para que la doctrina conciliar pueda tener una justa operatividad y eficacia, y para que la invocación de un vago «espíritu conciliar» no puede utilizarse como coartada para abusos todavía mayores que los que quizá se pretenden eliminar. La promulgación del actual Código y estos veinte años de aplicación han tenido la virtud no sólo de llenar ese presuntamente considerado «vacío jurídico», que podrá servir de coartada para no vivir según el Derecho, sino también ha servido para ayudar a determinar y concretar en la práctica los contenidos de la doctrina conciliar, y conseguir así que vayan formando parte poco a poco de la vida de la Iglesia.

Pero el Santo Padre tiene razón también cuando afirma, en su Discurso de la Jornada que comentamos, que sería ingenuo ignorar cuánto queda por hacer para consolidar en las presentes circunstancias históricas, una verdadera cultura

jurídico–canónica y una práxis eclesial atenta a la intrínseca dimensión pastoral de las leyes eclesiásticas». Crear una cultura jurídica genuinamente canónica y, por tanto, atenta a la dimensión pastoral de las normas eclesiásticas en un reto que se plantea a todos los cultivadores actuales del Derecho Canónico, tanto a aquellos que nos dedicamos a su estudio e investigación científica, como a aquellos que lo hacen en cuento titulares de oficios que tienen más que ver con la praxis de la Iglesia. Durante siglos el Derecho Canónico ha vivido del Derecho Romano y de la Cultura jurídica romanística; el Concilio Vaticano II ha hecho un llamamiento a cultivar un Derecho Canónico que mire principalmente al Misterio de la Iglesia, a la vez que ha planteado numerosos retos pastorales para que la Iglesia sea verdaderamente alma del mundo. Por eso, conservando todo lo bueno que la tradición canónica ha legado, la Canonística actual no puede conformarse con esa herencia, y tiene que seguir reflexionando activamente sobre el Misterio de la Iglesia, para ir sacando ese rico e inagotable contenido las respuestas jurídicas adecuadas a los actuales retos pastorales. Se irá configurando esa genuina cultura jurídica, que no puede tener otros condicionamientos históricos o culturales que no sean los que broten de esa continua profundización en el «*Misterium Ecclesiae*». La Iglesia es cada vez más universal *de facto*, y eso lleva consigo un proceso de inculturación, que ha de partir de lo que en la Iglesia es esencial e irrenunciable, a la vez que es capaz de desprenderse de las adherencias históricas o culturales, no esenciales, que hoy podrían ser un estorbo, aunque en otras épocas fueron útiles o convenientes para la vida de la Iglesia.

La verdadera cultura jurídico–canónica, no sólo no es incompatible en la intrínseca dimensión pastoral del Derecho Canónico, sino que ha de ponerse al servicio de los objetivos pastorales de la Iglesia, que ahora se concentran en esa nueva evangelización a la que invita el Papa. Si el sentido último del Derecho Canónico es la «*Salus animarum*», no puede haber incompatibilidad entre Derecho y Pastoral, y todo conflicto que pueda darse entre uno y otro procederá siempre de un problema mal planteado. Por otra parte, la Pastoral tiene necesidad del Derecho para ordenar su actividad y, al igual que la justicia es una exigencia de la caridad, también la «caridad pastoral» tiene necesidad del Derecho Canónico, para evitar que las actividades pastorales puedan degenerar en la arbitrariedad, y ser causa de injusticias o de abusos, que suelen repercutir generalmente en los derechos de los fieles. Por eso, es importante que los agentes pastorales posean ese mínimo de cultura jurídico–canónica de la que habla el Papa, que se concentra en el sentido del orden y de la justicia, necesarios en cualquier actividad que afecte a las relaciones humanas, también a las relaciones humanas dentro de la Iglesia. Pero al orden y la justicia en el ámbito de la Iglesia están determinados

por las normas canónicas positivas, que es necesario conocer y saber aplicar con la debida equidad canónica.

4.3. *Derecho divino y positivismo jurídico*

El Santo Padre afirma en su Discurso que la intención que ha guiado la redacción del nuevo «*Corpus Iuris Canonici*» ha sido la de poner a disposición de los Pastores y de los fieles «un instrumento normativo claro, que incluyese los aspectos esenciales del orden jurídico». Pero, afirma también que no se puede concebir el Derecho de la Iglesia, como un mero conjunto de textos legislativos, según la óptica del positivismo jurídico»; las normas canónicas se reconducen a una realidad que las trasciende, y esa realidad, añade el Santo Padre, es el Derecho divino.

Efectivamente, el llamado nuevo «*Corpus Iuris Canonici*», que está compuesto por los dos Códigos de Derecho Canónico, latino y oriental, y por la Constitución Apostólica «*Pastor Bonus*», es un instrumento que utiliza la técnica jurídica de la Codificación como el modo hoy más adecuado para establecer el orden jurídico esencial de la Iglesia, así como el de sus principales desarrollos organizativos y procedimentales. La técnica jurídica de la codificación tiene la ventaja de la claridad y el orden sistemático, y permite conocer lo más esencial de un orden jurídico, a través de un Código que tiene forma semejante a un Manual, o incluso a un *Prontuario* o *Vademecum*. Un código se redacta de un modo didáctico, para facilitar su rápido manejo en orden a su conocimiento y aplicación. Esta es una de las razones por las que se ha ido imponiendo la técnica codificadora en todas partes, y también en el Derecho de la Iglesia. Por eso tuvo tanto éxito el Código Pío–Benedictino, y, por eso, están siendo también tan eficaces los Códigos actuales promulgados por Juan Pablo II. En estos veinte años transcurridos desde su promulgación, el Código para la Iglesia Latina ha contribuido grandemente a serenar las aguas removidas en la época del postconcilio, y ha traído de nuevo la necesaria estabilidad en la Iglesia. Las instituciones creadas por el Concilio y reguladas por el Código están ya funcionando con normalidad y con orden. Los conflictos que pueden surgir pueden resolverse utilizando los cauces y procedimientos establecidos por el Derecho. Con el entero «*Corpus Iuris Canonici*» los Pastores cuentan con un instrumento adecuado para tener valor su autoridad; y los fieles cuentan también con un instrumento en el que se reconocen sus principales derechos dentro de la Iglesia, y se establecen los procedimientos correspondientes para su defensa. En Derecho todo puede mejorarse, pero lo que hay es ya suficiente para ese mínimo de garantías jurídicas que son necesarias.

Sin embargo, el «*Corpus Iuris Canonici*» no puede ser considerado como un instrumento que se basta así mismo, ni puede considerarse como algo autónomo y autosuficiente en sí mismo. Por una parte, no contiene todo el Derecho Canónico, sino como afirma el Papa, solo «los aspectos esenciales del orden jurídico». Los dos Códigos actuales contienen sobre todo el Derecho Canónico de la Iglesia latina y Oriental, y están concebidos con un amplio margen por el Derecho particular extracodicial. Algunas instituciones, organismos o procedimientos exigen ulteriores desarrollos normativos extracodiciales. La propia Constitución Apostólica «*Pastor Bonus*», a la que se considera como una parte integrante del «*Corpus*», es una ley extracodicial, que viene exigida por la correspondiente remisión contenida en el Código.

Por otra parte, como afirma también el Papa, las normas canónicas se reconducen y fundamentan en «una realidad que les trasciende», y que es «el Derecho divino». Esta mención del Derecho divino, como fundamento de todo el Derecho Canónico, la hace el Papa en un contexto en el que pretende aclarar que el «*Corpus Iuris Canonici*» no puede ser concebido como un mero conjunto de normas, según la óptica del «positivismo jurídico». De esta manera, el positivismo jurídico, dominante en muchos sectores de la ciencia y de la praxis en el ámbito jurídico civil, es desautorizado una vez más en el ámbito de la Iglesia.

El estudio y aplicación del Derecho Canónico requieren que el canonista cultive una fina sensibilidad para esa realidad que trasciende las normas positivas canónicas, y que es su fundamento de legitimidad. Es también una consecuencia de la indicación metodológica del Decreto «*Optatum totius*» n. 16, cuando pide que se tenga en cuenta el Misterio de la Iglesia. En cuanto orden de la estructura fundamental de la Iglesia trasciende la historia, y es objeto de la Revelación divina sobre el «*Misterium Ecclesiae*»; pero, a la vez, en cuanto orden constitutivo de la Iglesia como realidad presente en la Historia, tiene también una dimensión histórica y positiva, que exige su correspondiente formalización jurídica por parte de la Autoridad Eclesiástica. El «*Corpus Iuris Canonici*», con su técnica codificadora, es el principal instrumento de esa formalización en el actual Derecho vigente.

De todo ello, el Papa saca en su Discurso, una consecuencia de tipo hermenéutico: «El nuevo Código de Derecho Canónico –y este criterio vale también para el Código de cánones de las Iglesias Orienales– ha de ser interpretado y aplicado según esta óptica teológica». Si el Derecho divino es objeto de la Revelación, y forma parte del Misterio de la Iglesia, para su conocimiento y profundización se requiere la fe, que ha de informar todo el trabajo del canonista. Solo a partir de la fe y de la perspectiva teológica se puede conocer el Misterio de la

Iglesia y de su Derecho, en la medida en que es objeto de la Revelación de Dios. Dando un paso más: en la medida en que todo el Derecho Canónico encuentra sus criterios de legitimidad en el Derecho divino, su interpretación y aplicación ha de estar también informada por la fe, y por eso que el Papa llama «la óptica teológica».

De este modo se podrá evitar también «ciertos reduccionismos hermenéuticos» que, según el Papa, empobrecen la ciencia y la praxis canónica, alejándola de su verdadero horizonte eclesial. Esto ocurriría si, en contra de lo que se acuerda estamos diciendo, se pusiese la normativa canónica al servicio de «intereses extraños a la fe y a la moral católica».

4.4. *La tradición de la Iglesia y la tradición canónica*

Juan Pablo II se refiere, en el Discurso que comentamos, a dos tipos de reduccionismos hermenéuticos que conviene evitar. De una parte, a un racionalismo abstracto que llevase a interpretar el Derecho Canónico prescindiendo de la historia y de la tradición canónica. De otra parte, a aquel reduccionismo positivista que llevase a una separación entre Magisterio y Derecho. La consecuencia que extrae el Papa, y que considera también un remedio contra esos peligros, es la necesidad de cultivar «una auténtica interdisciplinariedad entre la ciencia canónica y las otras ciencias sacras».

En primer lugar, según el Romano Pontífice, el Código de Derecho Canónico ha de ser interpretado en el contexto de «la tradición jurídica de la Iglesia». Según el Papa, «no se trata de cultivar una abstracta erudición histórica», sino de recurrir a la historia del Derecho Canónico a la hora de interpretar la norma. Esto es así porque los textos del Código se insertan en un conjunto de fuentes jurídicas, que no es posible ignorar sin exponerse a «la ilusión racionalista» de una norma abstraída de los problemas jurídicos concretos. Esa «mentalidad abstracta» no puede ser fecunda, puesto que no tiene en cuenta «los problemas reales y los objetivos pastorales» que están en la base de las normas canónicas.

La historia del Derecho Canónico, que forma a su vez parte de la Historia de la Iglesia, nos ayuda a conocer las fuentes jurídicas, pero también nos ayuda a conocer la historia real de las instituciones, su origen, desarrollo y proyección, para no perder el contacto con ese flujo dinámico que es la vida de la Iglesia. El Derecho de los Decretales nació como una respuesta a problemas jurídicos concretos, en la que estaba siempre muy presente la «*salus animarum*», el bien de las personas, temporal y trascendente. El contacto con ese Derecho vivo de la tradición canónica ayuda, por tanto, a tener muy presente los «objetivos pastorales»

que persiguen todas las normas canónicas, valorando también esa elasticidad del Derecho de la Iglesia que se resume en la «*aequitas canonica*».

Pero además, la necesidad de interpretar el Código de Derecho Canónico según la tradición canónica deriva directamente del propio Código, que establece en su canon 6 § 2 que, «en la medida que reproducen el Derecho antiguo, los cánones de este Código se han de entender teniendo también en cuenta la tradición canónica». Teniendo en cuenta que son muchos los cánones del Código que reproducen el Derecho antiguo, el criterio hermenéutico establecido por este canon tiene una gran importancia, y avala lo dicho por el Papa.

Por otro lado, el Papa afirma que el Código se inserta en un «conjunto de fuentes jurídicas», que no se pueden ignorar para llegar a una correcta interpretación de sus normas. Entre esas fuentes jurídicas se encuentra, en primer lugar, el Derecho divino como fundamento de todo el Derecho Canónico y, por tanto, de todas las demás fuentes jurídicas de Derecho humano. Pero el Derecho divino es objeto de la Revelación divina, y para conocerlo hace falta acudir también a las fuentes de la Revelación, la Sagrada Escritura y la Tradición, tal como son enseñadas e interpretadas auténticamente por el Magisterio Eclesiástico. Esto quiere decir que la tradición canónica forma parte también de esa gran Tradición de la Iglesia, en la que está inserta la propia tradición canónica.

Por tanto, para conocerla es también necesario el recurso a la fe y a la óptica teológica, en conexión con lo que antes comentamos del Discurso del Papa.

4.5. *Magisterio y Derecho. La interdisciplinariedad de las Ciencias Sacras*

Después de referirse a la conexión entre Derecho Canónico y tradición de la Iglesia, el Papa habla en su Discurso de la relación entre Derecho Canónico y Magisterio. El Papa afirma que no se puede pretender «interpretar y aplicar las leyes eclesiásticas separándoles de la doctrina del Magisterio». Semejante pretensión solo podría basarse en un concepto muy pobre el Derecho Canónico, «como si pudiera identificarse en solo el dictado positivo de la norma».

La razón aducida por el Papa, nos lleva de nuevo a la cuestión del *ius divinium*. Si la fuente principal del Derecho Canónico es el Derecho divino, y el Derecho divino es objeto de la Revelación, el conocimiento del Derecho divino solo puede adquirirse acudiendo a las fuentes de la Revelación: Escritura y Tradición, interpretados auténticamente por el Magisterio Eclesiástico. El Magisterio Eclesiástico tiene derecho a intervenir cuando se planteen problemas o dudas de interpretación que afecten al Derecho divino y a la estructura fundamental de la Iglesia.

Por otra parte, estos pronunciamientos del Magisterio sobre el Derecho divino, además de aclarar posibles cuestiones que afectan a la fe de la Iglesia, tendrían también un valor disciplinar. Y ello por la propia naturaleza del Derecho divino, cuyo valor normativo es vinculante desde el momento mismo en que es reconocido como tal por un acto del Magisterio, aunque todavía no haya sido reconocido también por un acto formalmente legislativo. Es lo que afirma el Papa en su Discurso cuando se refiere a ese tipo de reduccionismo hermenéutico que considere que «los pronunciamientos doctrinales no tendrían ningún valor disciplinar, valor que solo habría de reconocerla a los actos formalmente legislativos». Este reduccionismo llevaría a pensar que pueden existir dos soluciones diversas a un mismo problema eclesial: «una, que se inspira en los textos magisteriales, y otra, que se inspira en los textos canónicos».

Aunque el Santo Padre no se refiere a ninguna cuestión concreta, podríamos poner algún ejemplo que ha adquirido recientemente actualidad: la cuestión de la no admisión de la mujer al Orden Sacerdotal. Tal cuestión, abordada hace unos años en la Carta Apostólica «*Ordinatio Sacerdotalis*» de 22.V.1994, ha sido considerada como perteneciente a la Constitución divina de la Iglesia; y, según la respuesta de 28.X.1995 de la Congregación para la Doctrina de la Fe, exige un asentimiento definitivo puesto que ha sido propuesta infaliblemente por el Magisterio ordinario y universal y pertenece al depósito de la fe. Según esta doctrina, el canon 1024 –«solo el varón bautizado recibe válidamente la Sagrada ordenación»–, es solo la manifestación disciplinar y formalmente legislativa de una cuestión que, al menos por lo que se refiere al Orden sacerdotal, pertenece a la Constitución Divina de la Iglesia, y tiene en cuanto tal un carácter definitivo declarado por el Magisterio de la Iglesia.

A este tipo de cuestiones es a la que parece referirse el Santo Padre cuando dice en su Discurso que «la dimensión jurídica, siendo teológicamente intrínseca a las realidades eclesiales, puede ser objeto de enseñanzas magisteriales, también definitivas». Pienso que aquí se está aludiendo a todo lo que pertenece a la dimensión jurídica de la Constitución divina de la Iglesia, al *ius divinum*. Por lo demás, aflora aquí una concepción realista del Derecho que lleva a considerarlo como «*res iusta*» intrínseca al Misterio de la Iglesia, de la que las normas canónicas no son más que su positiva formalización. Se supera así un planteamiento meramente positivista o normativista del Derecho Canónico, que es el que está en la base de los reduccionismos hermenéuticos que con razón critica el Santo Padre.

La conclusión que el Papa extrae de esta parte de su Discurso pone de manifiesto una exigencia para la Ciencia Canónica, que es también una necesidad

para todas las Ciencias Sagradas: «Este realismo en la concepción del Derecho es el fundamento de una auténtica interdisciplinariedad entre la ciencia canonística y las demás ciencias sacras». El Papa invita a un diálogo fecundo entre las diversas disciplinas sagradas que debe partir del Misterio de la Iglesia y de su vida: «la realidad eclesial permanece idéntica así misma y, en cuanto tal, permite un intercambio recíproco entre las ciencias, que con seguridad es útil a cada uno de ellas».

Las palabras del Santo padre no deberían caer en saco roto. Todos los que cultivamos las Ciencias sacras nos deberíamos sentir interpelados y llamados a esa tarea que fomente el diálogo interdisciplinar. Lo exige la unidad de las ciencias que se basan en la fe y en la Revelación, y no puede ser un obstáculo para ello las diferencias que deriven del cultivo de métodos diferentes. Esa diversidad supone una gran riqueza, derivada de la variedad de perspectivas y métodos con los que se acercan y la única realidad eclesial objeto de estudio. Sería una pena que esas ciencias no prestasen su contribución al acervo común, y que hubiese un desconocimiento mutuo, como consecuencia de una autonomía científica mal entendida, que llevase a las diferentes disciplinas a aislarse unas de otras. Por el contrario, la interdisciplinariedad a la que invita el Papa exige una mutua colaboración en los cultivadores de las ciencias eclesiásticas, unidos en un objetivo común de servicio a la verdad y de servicio a la Iglesia. Es también una consecuencia de esa comunión que debe darse a todos los niveles dentro de la Iglesia.

4.6. *Derechos y deberes de los fieles y potestad de gobierno en la Iglesia*

El penúltimo apartado de su Discurso lo dedica el papa a dos cuestiones íntimamente relacionadas: la cuestión de los deberes y derechos de los fieles, y la cuestión de la «*potestas regiminis*» en la Iglesia.

La declaración de obligaciones y derechos, considerada como «una de las novedades más significativas del Código de Derecho Canónico» es también una consecuencia de la indicación metodológica del Derecho «*Optatum totius*», n. 16, del Concilio Vaticano, que invita a los cultivadores del Derecho Canónico a tener en cuenta el Misterio de la Iglesia. Según el Papa, esta referencia del Decreto conciliar «pasa a través de la vía maestra de la persona, de sus derechos y deberes». A propósito de ello, Juan Pablo II habla de una «dimensión personalista de la eclesiología conciliar».

Detrás de este planteamiento late sin duda una concepción de la Iglesia, entendida como «*Communio fidelium*». Como es bien sabido, la noción de «comunión» es una idea central de la eclesiología conciliar. Esta noción la utiliza el

Concilio para referirse también a realidades sociales naturales, como el matrimonio o la familia («*Communio personarum*»). También la sociedad natural es una «*communio personarum*», y es la dignidad de las personas lo que fundamenta los derechos y deberes fundamentales del hombre en sociedad. En el ámbito de la Iglesia, la «*communio fidelium*» no deja de ser también una «*communio personarum*», aunque en este caso se trate de personas bautizadas, y elevadas, por tanto, a una condición sobrenatural, que no solo no suprime sino que fortalece esa dignidad e las personas, convertidas en hijos de Dios. Con otra razón se puede hablar, pues, de una dimensión personalista de la eclesiología conciliar.

Lo interesante es que el Papa pone en relación esta dimensión personalista, que se refleja en los deberes y derechos del fiel reconocidos por el Código, con la función de servicio que la «*potestas regiminis*» ha de prestar en la Iglesia.

Según el Papa, es función del Gobierno Eclesiástico prestar un servicio a favor del reconocimiento y tutela de los derechos de la persona y de las comunidades en la Iglesia. Por eso, es necesario «el ejercicio de la «*potestas regiminis*» y, más en general, del «*munus regendi*» jerárquico para declarar, determinar, garantizar y promover la justicia dentro de la Iglesia». La dignidad y libertad de las personas, reconocimiento de sus derechos y obligaciones, exige la acción del gobierno Eclesiástico. La omisión o dejación de esta necesaria actividad de gobierno, cuando está en juego el respeto de los derechos de los fieles dentro de la Iglesia, supondrían una lección de la justicia como virtud que debe ejercitar también el gobernante.

Todo ello requiere sin duda una gran sensibilidad por parte de quienes son titulares de los órganos de gobierno a la hora de garantizar y promover los derechos y obligaciones de los fieles. Bien entendido que no se trata solo de una acción negativa, de protección y garantía de los derechos cuando se produce una violación o atropello de los mismos. Sin duda, en este caso, habrán de ponerse en marcha los necesarios mecanismos de defensa y protección, que podrían dar lugar a los correspondientes procedimientos administrativos o recursos judiciales previstos por el Derecho. Pero además de ello, la «promoción» de la justicia y de los derechos a los que se refiere el Papa, es también una acción positiva, ordenada a poner los medios para que los derechos de los fieles puedan ser ejercidos de verdad. Se puede pensar, por ejemplo, en el importantísimo Derecho de los fieles a la Palabra y a los Sacramentos (c. 212 del CIC). Para que este Derecho pueda ser ejercitado por los fieles es necesario que se faciliten los medios necesarios para ello. Es lo que se pretende, en el caso del Sacramento de la Penitencia, con el «*motu proprio*» cuando se pide a los ordinarios y a los párrocos y rectores de Iglesias y Santuarios que se facilite a todos los fieles el acceso al Sacramento

de la Penitencia, determinando también algunos medios que habría de ponerse para ello.

El Papa termina esta parte de su Discurso recordando de nuevo que el ejercicio de la «*potestas regiminis*» es un auténtico «servicio pastoral» a favor de las personas y comunidades de la Iglesia. Este es también el sentido de todas las manifestaciones de la potestad de gobierno y, por tanto, de las «leyes, actos administrativos, procesos y sanciones canónicas». El Papa sale al paso de una errónea concepción pastoral que llevase a menospreciar esas necesarias manifestaciones de la «*k*», y alerta contra las posibles injusticias que podrían cometerse o consentirse en nombre de presuntas «exigencias pastorales», que sean fruto de esa mentalidad. Los recientes sucesos ocurridos en la Iglesia de los Estados Unidos de América, aunque hayan sido manipulados por sectores interesados en utilizarlos en contra de la Iglesia con la colaboración de poderosos medios de comunicación, podrían servir también para hacer un examen de conciencia acerca del daño que puede causarse, o de las injusticias que podrían cometerse, por falta de la debida acción de gobierno de la Iglesia.

5. Conclusión

El Papa termina su Discurso haciendo un acto de reconocimiento a la importancia que el trabajo de los canonistas tiene para el bien de la Iglesia, y exhorta a todos los que nos dedicamos a él a perseverar con renovado afán en «vuestra dedicación al estudio y formación canónica de las nuevas generaciones». Palabras que tienen un especial valor, y que hay que agradecer como merecen, si se repara en la escasa consideración que en ciertos sectores de la Iglesia pueden tener los estudios y la dedicación al Derecho Canónico. Las Palabras del Santo padre, invitando continuamente al cultivo del Derecho Canónico siempre que se presente la ocasión, suponen siempre un espaldarazo, y un motivo de agradecimiento, del que quiero también dejar constancia al acabar este comentario a su importante Discurso con motivo de este XX Aniversario de la promulgación del Código de Derecho Canónico.

En realidad, el Papa finaliza su Discurso haciendo una referencia a la paz, esa paz que es fruto de la justicia, por la cual ha pedido rezar especialmente en este Año del Rosario (cfr. Carta Apostólica «*Rosarium Virginis mariae*», n. 6 y 40)». Con esta referencia a la Virgen María, Reina de la paz, terminamos también estas páginas de comentario.

PARTE II

DERECHO NATURAL Y DERECHO CANÓNICO

1
LEY NATURAL Y DERECHOS HUMANOS*
(Comentario al discurso de Benedicto XVI en la Asamblea General de las Naciones Unidas)

Sumario: 1. Introducción. 2. La familia humana y la necesidad de un ordenamiento jurídico internacional. Los principios del bien común y de subsidiariedad. 3. El principio de la responsabilidad de proteger. 4. Dignidad de la persona y ley natural. El fundamento de los derechos humanos. 5. La universalidad y unidad de los derechos humanos. 6. Justicia y legalidad. Más allá del positivismo jurídico. 7. La dimensión religiosa del hombre. El diálogo interreligioso. 8. El derecho de libertad religiosa como derecho humano. 9. Conclusión: la Santa Sede, sujeto de Derecho internacional.

1. Introducción

El Papa Benedicto XVI pronunció su Discurso en la Sede de las Naciones Unidas el viernes 18 de abril de 2008, con motivo del 60 Aniversario de la *Declaración Universal de los derechos del Hombre.*

Como ya hicieron en su momento los Papas Pablo VI y Juan Pablo II, también Benedicto XVI aceptó la invitación de las Naciones Unidas para hablar ante su Asamblea general. La invitación era sin duda una ocasión privilegiada para presentarse ante los representantes de las naciones como lo que realmente es el Papa, la Cabeza visible de la Iglesia Católica, que, a la vez, es el jefe de Estado del Vaticano. Era, por tanto, una gran oportunidad para ejercer la autoridad moral universal del Sucesor de Pedro en un foro especialmente apropiado para ello.

Pero cada momento tiene sus propias características y circunstancias. Así, el momento actual es muy distinto, por ejemplo, de aquel en el que el Papa Pablo VI se dirigió a la ONU, el 4 de octubre de 1965, todavía en plena guerra fría. También es muy distinto de aquellos dos momentos en que se produjo la visita del Papa Juan Pablo II: el primero el 2 de octubre de 1979, poco después de su

(*) Publicado en Ius Canonicum XLVIII, 96 (2008) 611-630.

elección al Pontificado y tras su primera visita a Polonia en junio de ese mismo año; y el segundo el 5 de octubre de 1995, cuando ya había terminado la guerra fría y se vivían las esperanzas que la nueva situación internacional llevaba consigo. Benedicto XVI dirige sus Discurso a la ONU en un momento en que, tras el recrudecimiento del terrorismo internacional, se han desvanecido muchas de las esperanzas que surgieron desde la terminación de la guerra fría, y ha reaparecido una nueva situación de incertidumbre y de cierta desconfianza en las relaciones internacionales; desconfianza que ha repercutido, a su vez, en la propia institución de las Naciones Unidas, en cuanto organización capaz de llevar a cabo su misión de pacificación internacional y de desarrollo global.

Por eso, lo primero que el Papa ha querido confirmar en su Discurso es el papel insustituible que las Naciones Unidas deben seguir desempeñando, de acuerdo con los fines y objetivos que condujeron a su fundación: «la de ser un "centro que armonice los esfuerzos de las Naciones por alcanzar los fines comunes", de la paz y el desarrollo».

Respecto a la metodología y a la temática desarrollada en su Discurso, el Papa se ha basado, como no podía dejar de hacer, en los principios de la Doctrina Social de la Iglesia; en este sentido, se ha referido expresamente a los principios del bien común, de solidaridad y de subsidiariedad, así como al principio de la responsabilidad de proteger, que ha considerado nuevo en su formulación, pero que se basa en los anteriores. También se ha referido a la dignidad de la persona como fundamento de los derechos humanos, situando a la persona en un contexto trascendente en cuanto obra del «designio creador de Dios».

En la parte central de su Discurso trata el tema de la Ley Natural, «inscrita en el corazón del hombre», como una participación de la razón humana en ese designio de Dios para la Creación. Aquí coloca el Papa el fundamento ético de los derechos humanos, de acuerdo con la visión clásica y cristiana del Derecho natural, es decir, entendiéndolo como aquella parte de la Ley Natural que se refiere a la dimensión de justicia, al orden jurídico. Como es sabido, según este planteamiento el orden jurídico y el orden moral se puede distinguir y diferenciar pero están unidos y son inseparables entre sí. La razón está en que el orden jurídico tiene una dimensión moral; el Derecho natural es precisamente el que hace de puente entre la Ley Natural y Derecho positivo. Por otra parte, la Ley Natural es también fundamento de la universalidad y unidad de los derechos humanos, tratadas más tarde por el Papa.

En conexión con el tema de la Ley Natural, el Papa trata la gran cuestión de las relaciones entre la justicia y la legalidad, que le ofrece la ocasión para hacer una crítica del positivismo jurídico y de las consecuencias a las que conduce.

En la última parte de su Discurso, Benedicto XVI se detiene especialmente en el derecho de libertad religiosa, al que el Magisterio de la Iglesia considera uno de los derechos humanos fundamentales. Reivindica sus diversas manifestaciones y lo considera el marco necesario y adecuado para que los creyentes puedan prestar su valiosa contribución al bien común de la sociedad. En ese marco se realiza también la aportación de la Iglesia Católica, dentro de su ámbito de competencias de orden espiritual.

A pesar de que todos estos temas forman parte de la Doctrina Social de la Iglesia y, por tanto, de su Magisterio moral, el Papa trata de ellos teniendo en cuenta el contexto y los destinatarios a los que se dirige; sabe utilizar un lenguaje adecuado a ese contexto, con continuas referencias a la *Declaración Universal de los derechos del Hombre* de las Naciones Unidas.

2. La familia humana y la necesidad de un ordenamiento jurídico internacional. Los principios del bien común y de subsidiariedad

Después de los saludos iniciales, Benedicto XVI comienza su Discurso refiriéndose a los fines que llevaron a la fundación de las Naciones Unidas, que es concebida por su Carta fundacional como «un centro que armonice los esfuerzos de las Naciones por alcanzar los fines comunes» (Cf. *Carta de las Naciones Unidas*, art. 1.2-1.4). A continuación, citando a Juan Pablo II, recuerda que la Organización debería ser un «centro moral» en el que todas las Naciones del mundo se sientan como en su casa, desarrollando la conciencia común de ser una «familia de naciones». Recuerda también que «los principios fundacionales de la Organización –el deseo de paz, la búsqueda de la justicia, el respeto de la dignidad de la persona, la cooperación y la asistencia humanitaria– expresan las justas aspiraciones del espíritu humano y constituyen los ideales que deberían estar subyacentes en las relaciones internacionales»

Ahora bien, todos estos fines y aspiraciones, en la medida en que buscan el bien de la humanidad, coinciden también, al menos en parte, con los fines que la Iglesia Católica persigue. Por tanto, la Iglesia no puede no mirar con simpatía las actividades de la ONU y considera que es una Organización adecuada para solucionar los problemas y conflictos relativos a la comunidad mundial.

Precisamente para poder valorar todo esto, el Papa saca a relucir el principio del bien común, que es uno de los principios fundamentales de la Doctrina Social de la Iglesia. Lo hace poniendo en conexión esos fines universales que se proponen las Naciones Unidas con el bien común de la humanidad. Considera que este es el mejor fundamento de su razón de ser como institución. Pero, a

la vez, matiza que no se trata del «bien común total de la familia humana». Parece como si el Papa quisiera referirse con esta expresión al solo bien común temporal, lo que deja a salvo el papel de otras instituciones –como es el caso de la Iglesia Católica– que se ocupan del bien común espiritual de todos los hombres. Se trata, a mi juicio, de una velada alusión al dualismo existente entre el orden temporal y el orden espiritual, que, con fundamento en el Evangelio, la doctrina católica ha defendido siempre, y que es de aplicación, no solo en las relaciones entre la Iglesia y el Estado a nivel interno, sino también a nivel internacional.

Así pues, el principio del bien común, conectado con «los principios fundacionales de la Organización» antes mencionados, ha de ser el fundamento en el que deben basarse las relaciones internacionales y también el ordenamiento jurídico Internacional que debe servir para resolver los conflictos entre las Naciones, evitando de este modo el recurso a la fuerza. Citando la *Sollicitudo rei socialis*, de Juan Pablo II, Benedicto XVI se refiere así a esa aspiración a «un grado superior de ordenamiento internacional» que encarnan las Naciones Unidas. Se trata de una aspiración cada vez más hondamente sentida por muchos, en la medida en que se ha ido tomando conciencia de la dimensión universal que suelen tener los problemas, que solo son sectoriales –para un grupo de naciones– en apariencia.

Este es uno de los objetivos que justifican la existencia de las Naciones Unidas: la necesidad de un Derecho Internacional de carácter vinculante para todos los pueblos que garantice la resolución de los conflictos internacionales de acuerdo con las normas jurídicas y según los criterios de justicia. En el marco de este Derecho internacional, los Estados conservan su independencia y soberanía interna, pero sin que se trate de una soberanía ilimitada. El Derecho internacional, al que libremente se adhieren por su pertenencia a las Naciones Unidas y por su firma de los pactos internacionales que libremente suscriben, es un límite a esa soberanía interna, que no es absoluta. En este sentido, el Papa se refiere al «principio de subsidiariedad» como otro de los principios fundamentales que han de regir las relaciones entre las Naciones Unidas y los Estados nacionales. Este principio de Derecho natural –que es también uno de los principios fundamentales de la Doctrina Social de la Iglesia–, que debe presidir las relaciones entre el Estado y la sociedad, ha de presidir también las relaciones entre las Naciones Unidas y los diversos Estados, y podría justificar así mismo la intervención de la ONU en determinadas situaciones que lo requiriesen.

El Papa se refiere en su Discurso a algunas aplicaciones que han de encontrar estos principios. Una de ellas es promover el desarrollo de todos los pueblos

para que ninguno de ellos –«pienso particularmente en aquellos Países de África y de otras partes del mundo que permanecen al margen de un auténtico desarrollo integral»–corra el riesgo de «experimentar solo los efectos negativos de la globalización». Otra consecuencia ha de ser la de promover la libertad de todas las personas y de todos los pueblos. Cuando las reglas y normas del Derecho internacional se aplican conforme a los principios antes mencionados «dichas reglas no limitan la libertad. Por el contrario, la promueven cuando prohíben comportamientos y actos que van contra el bien común, obstaculizan su realización efectiva y, por tanto, comprometen la dignidad de toda persona humana».

A continuación, el Papa aclara qué sentido ha de tener la libertad: ha de estar unida a la consiguiente responsabilidad. Por eso debe existir también «una correlación entre los derechos y los deberes, por la cual cada persona está llamada a asumir la responsabilidad de sus opciones, tomadas al entrar en relación con los otros». Se trata de una consideración muy oportuna. A menudo, las Declaraciones de derechos que se suelen insertar en las Constituciones de los Estados o en los pactos internacionales se olvidan de ese equilibrio que debe existir entre derechos y deberes. La mera reivindicación de los derechos, que no vaya acompañada de la consiguiente responsabilidad y del respeto de los derechos ajenos que conlleva su ejercicio, conduce frecuentemente a planteamientos individualistas o libertarios contrarios a la solidaridad dentro de la sociedad. Cuando no se da esa correlación entre derechos y deberes son las diversas sociedades las que pueden resultar dañadas.

Por ello, el Papa se refiere también a otra de las aplicaciones que han de encontrar los principios anteriormente mencionados, la relacionada con los resultados de la investigación científica y tecnológica: cuando se produce una clara violación del «orden de la creación» que compromete el «carácter sagrado de la vida»; y cuando se trata de «preservar el entorno y proteger las diversas formas de vida sobre la tierra». En estos casos, puede estar justificada la acción internacional de las Naciones Unidas. A su vez, esta acción internacional ha de estar sometida a ciertas condiciones: «Esto nunca requiere optar entre ciencia y ética: se trata más bien de adoptar un método científico que respete realmente los imperativos éticos». De esta manera se podrá evitar el peligro de que en nombre de la ciencia se pueda atentar gravemente contra la dignidad humana. No todo aquello que es posible hacer, mediante la utilización del desarrollo científico o tecnológico, es beneficioso para el hombre. Basta pensar, por ejemplo, en las posibilidades que ofrece la energía atómica para la fabricación de armas, con los efectos nocivos que de ahí pueden derivarse. La ciencia sin la ética puede conducir a la destrucción del hombre.

3. El principio de la responsabilidad de proteger

Después de hablar de algunas de las consecuencias del principio del bien común y del principio de subsidiariedad en la acción internacional de las Naciones Unidas, Benedicto XVI introduce en su Discurso otro principio que debe regir en el orden internacional, el denominado «principio de la responsabilidad de proteger». Se trata de un principio que está relacionado con los dos anteriores y que puede considerarse también como una de sus consecuencias. Así se manifiesta en el modo en que el Papa lo formula:

«Todo Estado tiene el deber primario de proteger a la propia población de violaciones graves y continuas de los derechos humanos, como también de las consecuencias de las crisis humanitarias, ya sea provocadas por la naturaleza o por el hombre». Como se puede comprobar, se trata ante todo de una obligación de cada Estado, que es una consecuencia del principio del bien común.

«Si los Estados no son capaces de garantizar esta protección, la comunidad internacional ha de intervenir con los medios jurídicos previstos por la Carta de las Naciones Unidas y por otros instrumentos internacionales». En este supuesto contemplado por el Papa, el derecho a intervenir encontraría su fundamento en la aplicación del principio de subsidiaridad.

En coherencia con este planteamiento, la intervención de las Naciones Unidas deberá respetar las reglas del Derecho internacional. Si se cumplen estas condiciones, se tratará de una acción internacional legítima y «no tiene por qué ser interpretada nunca como una imposición injustificada y una limitación de soberanía. Al contrario, continúa el Papa, es la indiferencia o la falta de intervención lo que causa un daño real». Como más arriba decíamos, la soberanía de los Estados no tiene un carácter absoluto, sino que encuentra su justificación precisamente en el respeto de los derechos humanos.

Aunque el «principio de la responsabilidad de proteger» ha sido definido solo recientemente, como afirma el Papa ya estaba implícitamente presente en los orígenes de las Naciones Unidas y ahora se ha convertido cada vez más en una característica de la actividad de la Organización. Así ha ocurrido, efectivamente, en estos últimos años de actividad de la ONU: la intervención de la comunidad internacional en determinadas partes del globo y en determinados países ha encontrado su justificación en este principio, designado también como de «injerencia humanitaria» o de «intervención humanitaria».

Respecto a sus orígenes, habría que remontarse a la doctrina del Derecho natural y del *ius gentium*, que en los albores de la Edad Moderna está representada

por la denominada Escuela Española de Salamanca, a cuya cabeza se encuentra el maestro Francisco de Vitoria, citado por el Papa:

«El principio de la "responsabilidad de proteger" fue considerado por el antiguo *ius gentium* como el fundamento de toda actuación de los gobernantes hacia los gobernados: en tiempos en que se estaba desarrollando el concepto de Estados nacionales soberanos, el fraile dominico Francisco de Vitoria, calificado con razón como precursor de la idea de las Naciones Unidas, describió dicha responsabilidad como un aspecto de la razón natural compartida por todas las Naciones, y como el resultado de un orden internacional cuya tarea era regular las relaciones entre los pueblos».

Esta oportuna cita de Vitoria, dentro del contexto en que hay que situarla, permite al Papa abordar la gran cuestión del fundamento último de este principio y de los derechos humanos: «la idea de persona como imagen del Creador», que está unida al deseo de «una absoluta y esencial libertad». Mediante esta referencia a la persona y a su Creador, el Papa introduce ya los fundamentos de los derechos humanos a los que se va a referir después.

Pero, antes de referirse a esa cuestión doctrinal, recuerda la experiencia histórica que padeció la humanidad y que dio lugar a la fundación de las Naciones Unidas: los hechos dramáticos que tuvieron lugar en la primera Guerra Mundial, causados por el abandono de la referencia al «sentido de la trascendencia y de la razón natural», con la consiguiente violación grave de «la libertad y la dignidad del hombre». Como consecuencia de todo ello, se vieron amenazados «los fundamentos objetivos de los valores que inspiran y gobiernan el orden internacional», y se vieron minados en su base «los principios inderogables e inviolables» formulados y consolidados por las Naciones Unidas.

Benedicto XVI considera que deberíamos aprender de esta enseñanza de la Historia, porque la humanidad se encuentra ante nuevos e insistentes desafíos y sería un grave error que, para resolver los problemas, se retrocediera a planteamientos puramente pragmáticos, limitándose a determinar «un terreno común», que fuese «minimalista en los contenidos y débil en su efectividad». Teniendo en cuenta lo que dice más adelante, parece que el Papa alude aquí a la posible dificultad para conseguir un consenso de valores compartidos, que llevase a escoger el camino más fácil y cómodo del minimalismo y del pragmatismo. Esa dificultad debe superarse mediante un esfuerzo entre todos, pero no renunciando a ese gran objetivo común, ni sacrificándolo en aras de intereses meramente pragmáticos.

4. La dignidad de la persona y la ley natural. El fundamento de los Derechos humanos

Con esas referencias a la dignidad humana antes aludidas, llegamos ya a lo que podríamos considerar la parte central del Discurso papal, la que hace relación al tema sobre el cual fue invitado a participar en la Asamblea de la ONU: el 60º aniversario de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre.* El Papa va a aprovechar esta invitación para exponer con brevedad y con claridad las bases sobre las que debe sustentarse esa *Declaración*. Lo hace en el ejercicio de su autoridad moral universal, autoridad que le es reconocida y que se manifiesta precisamente en el hecho mismo de invitarle a hablar en la Asamblea de las Naciones Unidas, ante una representación de todos los pueblos de la tierra; pero una autoridad que sin duda está ligada también a su condición de Vicario de Cristo en la tierra y de Cabeza Visible de la Iglesia Católica. El Papa va a exponer su pensamiento de un modo positivo y constructivo, tratando de que sus ideas puedan ser compartidas por el mayor número posible de personas, aunque sin renunciar a un planteamiento trascendente y haciendo hincapié en lo que son principios fundamentales de la Doctrina Social de la Iglesia sobre esas materias.

Benedicto XVI presenta la *Declaración* de la ONU como el fruto de una «convergencia de tradiciones religiosas y culturales» que, sin embargo, manifestaban «el deseo común de poner a la persona humana en el corazón de las instituciones, leyes y actuaciones de la sociedad». De esta consideración de la persona como centro de las instituciones es de donde han derivado los diversos derechos humanos, de tal manera que se ha podido hablar de ellos «presentados cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales». Este lenguaje común se manifiesta, por ejemplo, en los diversos medios de comunicación de los diferentes países, que suelen hablar con tonos muy semejantes al referirse a temas o materias en las que están en juego los derechos del hombre. A su vez, la referencia a estos derechos se ha ido convirtiendo cada vez más en ese mínimo ético admitido por todos como parámetro para enjuiciar las situaciones y tratar de resolver los conflictos.

Por tanto, esa convergencia de esfuerzos ha producido ya sus frutos y ha mostrado también su eficacia, permitiendo que pueda hablarse por todos en ese lenguaje universal de los derechos humanos; así ocurre a la hora de resolver conflictos y aportar soluciones en razón de las diferencias que pueden producirse entre las diversas personas y países. Por eso es necesario también no perder esta conquista que tanto ha costado adquirir, y que se ve continuamente ame-

nazada por los diversos particularismos que se dan entre los hombres. A esto es a lo que quiere contribuir el Papa con estas palabras centrales de su Discurso.

Tratando de interpretar un sentimiento común –«sentido común de la justicia» lo llamará después–, y, en este sentido, haciéndose intérprete de una gran parte de la humanidad, el Papa expone con claridad su punto de vista sobre la gran cuestión del fundamento de los derechos humanos. Ese fundamento no puede ser otro que la dignidad de la persona humana, la cual, a su vez, tiene un fundamento trascendente. Según Benedicto XVI, todas las personas tienen un «origen común», y su dignidad hay que basarla en que es «el punto más alto del designio creador de Dios para el mundo y la historia». Por tanto, cabría añadir que, en virtud de esta dignidad, la persona no tiene precio, ni puede ser objeto de cambio como una mercancía, ni puede ser tratada como un simple medio al servicio de fines presuntamente superiores. Por otra parte, aunque acude a un fundamento trascendente, el Papa habla también aquí con el lenguaje de la «razón común» –expresión ésta que utiliza en diversas ocasiones de su Discurso– compartida por muchos.

Después de haber hablado del «sustrato ético» de los derechos humanos y de la dignidad de la persona fundada en el designio del Creador, Benedicto XVI da un paso más e introduce en su Discurso el tema de la «ley natural». En efecto, según el Pontífice, los derechos humanos «se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas y civilizaciones». Este es, por tanto, el contexto en el que el Papa quiere fundamentar el tema de los derechos del hombre: la doctrina de la ley natural, cuya versión jurídica es el Derecho natural.

Como es sabido, la doctrina de la ley natural fue asumida por el pensamiento cristiano y fue profundamente reelaborada, sobre todo a partir de la Edad Media, pero tiene precedentes históricos mucho más antiguos en el pensamiento pagano, sobre todo en la filosofía griega. Fue la filosofía griega, especialmente la estoica, la que influyó en los juristas romanos clásicos; éstos se interesaron lógicamente por sus consecuencias jurídicas, que encuentran su expresión en el *ius naturae* y en el *ius gentium.* A partir de ahí es como se elabora la que podíamos llamar «doctrina clásica» de la ley natural y del Derecho natural, que recibe también la gran aportación de los mejores pensadores cristianos –aquí tendríamos que aludir a teólogos tan destacados como San Agustín, Santo Tomás de Aquino, o el propio Francisco de Vitoria– hasta llegar a la actualidad. Para esta gran corriente del pensamiento humano, la ley natural está efectivamente «inscrita en el corazón del hombre», como afirma el Papa. Por eso su fundamento es la persona y, en último término, el Creador. En sus tratados «*de legibus*», los teólogos

y juristas cristianos solían referirse a la ley eterna, la ley natural y la ley positiva, para expresar ese fundamento ético y trascendente, a la vez, del Derecho. Este es, por tanto, también el fundamento de todos los derechos humanos.

5. La universalidad y unidad de los Derechos humanos

Sin embargo, como afirma el Papa, estos fundamentos son compartidos también «por diferentes culturas y civilizaciones». Por eso se puede hablar de la «universalidad» de los derechos humanos. Entonces, sería muy peligroso «arrancar los derechos humanos de este contexto», pues ello «significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista». Según la concepción relativista, «el sentido y la interpretación de los derechos podrían variar», y se acabaría así «negando su universalidad en nombre de los diferentes contextos culturales, políticos, sociales e incluso religiosos». El Papa expresa aquí esa preocupación, y anima a poner los medios para evitar ese peligro. La preocupación está justificada si se considera que los derechos humanos sirven como «garantía para la salvaguardia de la dignidad humana». Respecto a los medios que deben ponerse para evitar ese relativismo, en primer lugar hay que tener claras las ideas, que habrán de basarse en lo anteriormente dicho, y que el Papa resume de nuevo reafirmando «no solo el hecho de que los derechos son universales, sino que también lo es la persona humana, sujeto de estos derechos».

El Papa desarrolla a continuación la cuestión de la universalidad –unida a la de su indivisibilidad e interdependencia– de los derechos humanos. Quizá como prueba de la importancia que le concede, reitera de nuevo algunas ideas ya mencionadas anteriormente. Así, elogia la *Declaración Universal,* pues «tiene el mérito de haber permitido confluir en un núcleo fundamental de valores y. por tanto, de derechos, a diferentes culturas, expresiones jurídicas y modelos institucionales». A la vez, ratifica que «es preciso redoblar los esfuerzos ante las presiones para reinterpretar los fundamentos de la *Declaración* y comprometer con ello su íntima unidad». Se trata de presiones «para satisfacer meros intereses, con frecuencia particulares».

La universalidad de los derechos humanos se basa en la naturaleza de la persona, como sujeto de esos derechos. Pertenece a la esencia de la persona tener una identidad que permanece por encima de los cambios determinados por las circunstancias de tiempos o lugares. Esa unidad sustancial de la persona como sujeto de derechos se puede considerar que forma parte del núcleo fundamental de valores en el que confluyeron las diversas culturas y modelos institucionales cuando se redactó la *Declaración Universal.*

Esa unidad de la persona fundamenta también, junto al carácter universal de los derechos humanos, su carácter indivisible e interdependiente. Los derechos humanos, al derivar de la naturaleza racional y libre de la persona, reconocida igualmente a todos los hombres, forman un todo conectado entre sí. Podríamos decir que se trata de una conexión orgánica, que manifiesta la inseparabilidad y unidad de todo ese conjunto de derechos. Todos ellos deben ser cumplidos y ninguno de ellos puede sacrificarse pues sufriría daño la inviolabilidad de la persona, de cada ser personal. Por ello, la *Declaración* «no puede ser aplicada por partes separadas, según tendencias u opciones selectivas»; ello sería contrario a la unidad de la persona y a la indivisibilidad de sus derechos. Por la misma razón, también se haría daño al bien común –que es el objetivo de los derechos humanos– si se aplicasen «a través de un simple equilibrio entre derechos contrapuestos».

6. Justicia y legalidad. Más allá del positivismo jurídico

Entre las grandes cuestiones que el Papa trata en su Discurso, no podía faltar el tema de la justicia. El tema sale a relucir precisamente en este contexto, cuando está tratando de la unidad y universalidad de los derechos, lo cual le va a permitir hablar también de una «justicia que no cambia». Pero antes de hablar de esa «justicia que no cambia» y que no puede ser, por tanto, «mera legalidad», el Papa establece una relación muy clara entre justicia y derechos humanos. En efecto, «el respeto de los derechos y las garantías que se derivan de ello son las medidas del bien común que sirven para valorar la relación entre justicia e injusticia, desarrollo y pobreza, seguridad y conflicto». Según estas palabras de Benedicto XVI, no se puede hablar de justicia allí donde los derechos no sean respetados, ni estén dotados de las debidas garantías. A su vez, dada la relación existente entre justicia e igualdad, el Papa afirma a continuación que «la promoción do los derechos humanos sigue siendo la estrategia más eficaz para extirpar las desigualdades entre Países y grupos sociales».

Es en este contexto en el que el Papa trata la importante cuestión de la relación entre justicia y legalidad. Después de haber hablado del fundamento de los derechos humanos, basado en la dignidad de la persona y en la ley natural, es evidente que estos derechos no pueden ser considerados como el «resultado exclusivo de medidas legislativas», ni de «decisiones normativas tomadas por las diversas agencias de los que están en el poder». Sin embargo, la experiencia nos enseña que a menudo «la legalidad prevalece sobre la justicia». Cuando los derechos se plantean simplemente «en términos de legalidad» corren el peligro

de convertirse en «proposiciones frágiles, separadas de la dimensión ética y racional, que es su fundamento y su fin». La experiencia del pasado siglo, especialmente en los acontecimientos que desencadenaron las dos guerras mundiales, o las trágicas consecuencias que se derivaron de los regímenes totalitarios de un signo o de otro, ponen de manifiesto con absoluta claridad lo que afirma el Papa. Pero se podrían añadir también otras experiencias históricas semejantes, que nos llevan a la conclusión de que el Derecho ha de tener como base una justicia que trascienda los límites del positivismo jurídico.

Por eso hace falta reforzar la convicción de una «justicia que no cambia», que no puede basarse en una mera «perspectiva utilitarista». Por el contrario, es necesario recordar que, como se manifiesta en la *Declaración* de las Naciones Unidas, los derechos son el fruto de un «sentido común de la justicia». ¿En qué se basa ese sentido de la justicia? Está «basado principalmente sobre la solidaridad entre los miembros de la sociedad». El principio de solidaridad –que es consecuencia, a su vez, del principio del bien común de la sociedad –, genera una conciencia jurídica común, que implica mutuos derechos y obligaciones, los cuales son entendidos como algo necesario para la cohesión de la sociedad y no como simples concesiones de quienes detentan el poder. Cuando están fundados sobre este «sentido de la justicia», que está relacionado también con esa «justicia que no cambia», los derechos humanos se pueden considerar «válidos para todos los tiempos y todos los pueblos».

La convicción de que existe una justicia, que tiene carácter inmutable y permanente, y que es distinta de la mera legalidad establecida por las leyes positivas impuestas por los gobernantes, puede considerarse tan antigua como la humanidad. Se trata de una convicción con raíces profundas, fruto de esa conciencia jurídica común, que es a su vez un aspecto de la conciencia moral humana, que ha encontrado muchas expresiones en la historia de la humanidad. Testigo de esa conciencia humana común es la famosa «regla de oro», que está enunciada en la máxima: «no hagas a otros lo que no quieres que te hagan a ti». Entre los muchos pensadores que han comentado esta máxima, desde diversas perspectivas y con variados matices, el Papa Benedicto XVI cita a uno de ellos, el gran filósofo y teólogo cristiano Agustín de Hipona, a quien considera «uno de los maestros de nuestra herencia intelectual». Según San Agustín, en la cita que trae a colación el Papa, esa máxima «en modo alguno puede variar, por mucha que sea la diversidad de las naciones».

La consecuencia que el Papa extrae de esta cita agustiniana es inmediata: «los derechos humanos han de ser respetados como expresión de justicia, y no simplemente porque pueden hacerse respetar mediante la voluntad de los legis-

ladores». Detrás de esta afirmación se esconde una crítica patente al positivismo jurídico, incapaz de dar respuesta a la cuestión de una justicia contrapuesta a la legalidad. Es verdad que el planteamiento positivista y legalista predomina hoy en el ámbito de la práctica jurídica e incluso en amplios sectores académicos, amparándose muchas veces en un puro pragmatismo, que no puede satisfacer mínimamente las aspiraciones de justicia sentidas por muchos. Este pragmatismo se extiende también a las relaciones internacionales, en las que el recurso a la fuerza no debiera prevalecer nunca sobre el sentido de la justicia; tampoco puede bastar el recurso a procedimientos meramente formales, que hiciesen prevalecer la voluntad de unos países sobre otros; por ejemplo, en virtud de un Derecho de veto que no atendiese más que a consideraciones de meros intereses particulares.

Hay que agradecer, por tanto, la claridad y valentía con la que el Santo Padre ha reclamado un respeto por los derechos humanos que no se base simplemente en criterios de legalidad positiva, ni en mero pragmatismo. También hay que agradecerle que haya reivindicado ese sentido de la justicia, que es una aspiración común del corazón humano, que no se resigna a sufrir atropellos e injusticias en nombre de los intereses que convienen a los más fuertes. Al reclamar para los derechos humanos un fundamento en la dignidad de la persona y en la ley natural, y al reivindicar una justicia más allá del positivismo jurídico, el Santo Padre ha puesto en juego su autoridad moral para defender una causa que interesa a todos los hombres y mujeres, nacidos libres e iguales; que interesa a toda la humanidad. El Papa ha actuado, por tanto, como defensor del hombre y de su libertad. Ha valido la pena aprovechar la invitación de las Naciones Unidas porque, con sus palabras, el Papa ha prestado un gran servicio a la causa del hombre y ha prestado también un servicio a la propia institución de la ONU, que ha visto así reforzada la necesidad de su misión a favor de la paz y de la justicia entre las Naciones.

7. La dimensión religiosa del hombre. El diálogo interreligioso

Una vez tratadas las cuestiones anteriores, el Papa inicia lo que constituye la última parte de su Discurso, que está dedicada al tema más específico de la dimensión religiosa del hombre y de la sociedad. En este contexto es en el que trata del derecho a la libertad religiosa, que ocupa un lugar muy destacado entre los derechos humanos. Finalmente, se va a referir al papel que desempeña la Santa Sede como sujeto en el ámbito internacional. El tratamiento de estos temas está plenamente justificado, teniendo en cuenta que el Papa es ante todo

una autoridad religiosa como Cabeza visible de la Iglesia Católica. En cuanto tal, representa a muchos millones de fieles que viven en todo el planeta, y tiene por tanto la responsabilidad de explicar el papel de la religión y las consecuencias beneficiosas que se derivan de su práctica para la humanidad.

En primer lugar, el Papa considera que no se puede confiar exclusivamente al Estado como institución política la promoción de los bienes de la persona y de la sociedad. Si nos preguntásemos las razones de esta afirmación, podríamos descubrir varias: Por una parte, la persona y la sociedad son anteriores al Estado como institución y se distinguen de él; por eso, la persona y sus derechos naturales son un presupuesto que el Estado ha de respetar y reconocer. A la vez, el Estado ha de tener en cuenta esos derechos a la hora de actuar a través de sus órganos de gobierno y de sus diversos poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Por otra parte, como ya hemos visto, la soberanía del Estado no es absoluta, ni a nivel interno, ni a nivel externo: en el ámbito interno ha de ejercitarse dentro de sus competencias; en el ámbito externo está sometido al Derecho internacional, en virtud de los pactos suscritos con los otros sujetos del Derecho internacional y en virtud de las competencias que se reconocen a las propias Naciones Unidas.

En este marco es donde entra en juego «la dimensión religiosa» de la persona y de la sociedad, a la que se va a referir el Papa. Esta dimensión religiosa tiene también sus cauces institucionales, representados por las diversas Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas. Según el Papa, la dimensión religiosa puede ayudar a conseguir los fines que se propone la sociedad, pues «el reconocimiento del valor trascendente de todo hombre y toda mujer favorece la conversión del corazón, que lleva al compromiso de resistir a la violencia, al terrorismo y a la guerra, y de promover la justicia y la paz».

Por otra parte, la existencia de diversas religiones hace necesario el «diálogo interreligioso» para que esa práctica religiosa plural no se convierta en ocasión de conflictos que puedan poner en peligro la justicia y la paz; sino que, muy al contrario, sea ocasión de una colaboración positiva en beneficio del bien común de la humanidad. Por eso, la finalidad del diálogo interreligioso ha de ser «proponer una visión de fe, no en términos de intolerancia, discriminación y conflicto, sino de total respeto de la verdad, la coexistencia, los derechos y la reconciliación».

Según el Papa, las Naciones Unidas deben apoyar este diálogo interreligioso, del mismo modo que apoyan el diálogo en otros campos de la actividad humana. Sin embargo, las diferentes religiones deben tener plena autonomía para establecer este diálogo, lo mismo que la tienen en lo que es su competen-

cia específica de carácter religioso. Por eso, si también a este nivel del diálogo interreligioso «la esfera religiosa se mantiene separada de la acción política, se producirán grandes beneficios para la paz y las comunidades».

8. El derecho de libertad religiosa como derecho humano

Después de estas consideraciones sobre la dimensión religiosa y el diálogo interreligioso, el Papa trata a continuación la cuestión fundamental del derecho de libertad religiosa. Ante todo, considera que debe ser incluido entre los derechos humanos que las Naciones Unidas están llamadas a reconocer y promover. Luego, el Santo Padre hace una apretada síntesis de todo lo que implica este importante derecho, que, como es sabido, incluye una gran riqueza de contenido y de manifestaciones.

El Papa subraya, en primer lugar, la doble dimensión, individual y comunitaria, de la libertad religiosa. La dimensión comunitaria es la que permite ejercerla también en forma asociada, y a través de los diversos cauces institucionales en que se expresan colectivamente las diferentes religiones de la tierra. Esa doble dimensión de la libertad religiosa es una manifestación, a su vez, de la naturaleza individual y social de la persona, que no pierde por ello su unidad.

Por otra parte, hay que distinguir también claramente otra doble dimensión de la persona, en este caso la que tiene como ciudadano y la que tiene como creyente: en ella se basa el llamado dualismo cristiano que permite distinguir el orden temporal del orden espiritual. También esta dualidad ha de respetar y dejar a salvo la unidad sustancial de cada persona. Por eso es inconcebible, como afirma el Papa, que «los creyentes tengan que suprimir una parte de ellos mismos –su fe – para ser ciudadanos activos. Nunca debería ser necesario renegar de Dios para poder gozar de los propios derechos».

Finalmente, el Papa se refiere a las diversas manifestaciones que puede tener el ejercicio de la libertad religiosa. Esta ha de incluir la libertad «de rito, culto, educación, difusión de informaciones, así como la libertad de profesar o elegir una religión». En este sentido, reconoce que la actividad de las Naciones Unidas ha asegurado en los años recientes que el debate público ofrezca espacios a puntos de vista inspirados en una visión religiosa en todas esas dimensiones. Aunque no cita ningún documento, podríamos recordar en particular la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones,* de 25 de noviembre de 1981 (Resolución 36-55), cuyo artículo 6º reconoce una amplia gama de manifestaciones a lo que llama «libertades» en materia de religión.

En esta misma línea, el Papa subraya con claridad que «no se puede limitar la plena garantía de la libertad religiosa al libre ejercicio del culto, sino que se ha de tener en la debida consideración la dimensión pública de la religión». Esta garantía se hace especialmente necesaria en momentos como los actuales, en los que los derechos y libertades asociados con la religión necesitan ser protegidos frente a la «ideología secular predominante» –¿laicismo?– o ante «una mayoría religiosa de naturaleza exclusiva». Detrás de estas expresiones de Benedicto XVI cabe ver esa doble amenaza que para el libre ejercicio de la libertad religiosa suponen, tanto el laicismo de algunos sistemas ideológicos o de algunos Gobiernos, como el fundamentalismo religioso de carácter exclusivista que inspira también a algunas teocracias políticas. Ambos extremos son sin duda un peligro para una convivencia plural y pacífica.

En cambio, cuando se respetan las libertades relacionadas con la práctica de la religión, los creyentes pueden contribuir a la construcción y al desarrollo del orden social. De ahí que el Papa termine este apartado de su Discurso refiriéndose a esa aportación de los creyentes, que comprende una amplia red de iniciativas que van «desde las universidades a las instituciones científicas, escuelas, centros de atención médica y a organizaciones caritativas al servicio de los más pobres y marginados». Pero si no se reconociera esa contribución a la sociedad que está enraizada en la dimensión religiosa, se favorecería un «planteamiento individualista y se fragmentaría la unidad de la persona».

9. Conclusión: La Santa Sede, sujeto de Derecho internacional

La última parte del Discurso Pontificio está dedicada a manifestar la estima del Papa por la labor que las Naciones Unidas realizan al servicio de la humanidad. Benedicto XVI considera que su presencia ante la Asamblea de la Organización, manifiesta la voluntad de la Iglesia Católica de colaborar en esa tarea, dentro del campo de su competencia, que es de orden espiritual. La Iglesia trabaja para conseguir esos objetivos a través de la actividad internacional de la Santa Sede, que está también circunscrita a la esfera ética y moral. Para ello se vale de su condición de «sujeto en el ámbito internacional», que ha vuelto a ser reconocida recientemente por las Naciones Unidas. Como es sabido, el estatuto jurídico que la Santa Sede tiene reconocido ante la ONU es el de Observador permanente, como Estado no miembro. De esta manera puede prestar mejor su contribución específica, que no es la propia de un Estado.

Como ya lo hiciera Pablo VI, que se presentó ante las Naciones Unidas como un «experto en humanidad», también de modo semejante Benedicto XVI ha re-

cordado ante la Asamblea general de la ONU esa experiencia «en humanidad», que la Iglesia ha desarrollado a lo largo de los siglos entre pueblos de toda raza y cultura, y que desea poner a disposición de todos los miembros de la comunidad internacional. Esa experiencia la pone también al servicio de los derechos humanos, que el Papa recuerda de nuevo que están basados y plasmados en la «naturaleza trascendente de la persona».

El Papa cierra su Discurso con un último párrafo en el que hace una nueva referencia explícita al Magisterio Eclesiástico, introduciendo una cita de su Encíclica *Spe salvi*. En ella subraya cómo la «búsqueda de Dios en este mundo» –a la que se había referido anteriormente en su Discurso– y cómo la búsqueda de las realidades últimas no dispensa a los creyentes, sino todo lo contrario, de buscar también los «rectos ordenamientos» para las realidades humanas. Esta es la respuesta de la Iglesia a la vieja objeción marxista de la religión como «opio del pueblo», que interpretaba falsamente la esperanza religiosa, entendiéndola como un obstáculo para la transformación y mejora de este mundo. En realidad ocurre lo contrario; para los cristianos, como afirma el Papa, «esta tarea está motivada por la esperanza que proviene de la obra salvadora de Jesucristo». Es la Esperanza, que es una virtud teologal, la que da a los cristianos la fortaleza y perseverancia que se requieren para contribuir –con todos los hombres de buena voluntad– a la construcción de un mundo mejor. De esta manera, los cristianos están contribuyendo también a la construcción del Reino de Dios sobre la tierra.

2

LOS DERECHOS NATURALES DE LA PERSONA Y DEL FIEL ANTE EL ORDENAMIENTO CANONICO*

Sumario: 1. Personalidad jurídica y capacidad. 2. La persona en el canon 87. 3. Incidencia del bautismo en la personalidad. 4. Capacidad de Derecho natural y capacidad de Derecho positivo. 5. Los derechos naturales de la persona y del fiel en el ordenamiento Canónico.

1. Personalidad jurídica y capacidad

La persona es, según la clásica definición de Boecio, una sustancia individual de naturaleza racional. La persona tiene inteligencia y voluntad, y una naturaleza social por la que forma parte de las comunidades y sociedades humanas. Por su naturaleza racional y social el hombre es también sujeto de derechos y deberes ante los demás miembros de la sociedad. La personalidad jurídica es la cualidad de la persona por virtud de la cual es sujeto de relaciones jurídicas en las sociedades con las que convive. Esta personalidad o capacidad jurídica la tienen todas las personas en la medida en que existen derechos y deberes naturales, es decir, que emanan de la naturaleza del hombre.

Un ordenamiento jurídico positivo que respete y reconozca el Derecho natural, no tiene más remedio que reconocer tal personalidad y capacidad jurídica de la persona. Naturalmente, de hecho, ese reconocimiento sólo podrá hacerse en la medida en que una determinada persona se ponga en relación con el ordenamiento de que se trate, en la medida en que esa personalidad jurídica pueda verse afectada de hecho por las normas de ese ordenamiento. Hasta entonces, la capacidad jurídica de una persona será sólo una capacidad indeterminada o genérica que ese ordenamiento puede reconocer *in abstracto*, pero son necesarias

(*) Publicado en AA.VV., «*Les droits fondamentaux du chrétien dans l'eglise et dans la societè*», Friburgo, 1981, 611-622.

relaciones concretas con tal ordenamiento para que la capacidad jurídica se determine y especifique por su normativa legal. Un ordenamiento jurídico soberano que sea respetuoso con el Derecho natural tendrá que reconocer la capacidad jurídica de la persona en lo que se refiere a sus derechos naturales universales e inviolables, pero podrá también exigir determinados requisitos como condición para que se pueda ser titular de derechos u obligaciones concretas que se haya estimado oportuno atribuir o conceder. Sólo aquellos sujetos que cumplan tales requisitos podrán ser los titulares de determinadas relaciones jurídicas. En una palabra, la determinación y especificación de la capacidad jurídica general, que toda persona tiene, corresponde al Derecho positivo de los diversos ordenamientos jurídicos, de igual modo que corresponde a la ley positiva la determinación y especificación de la ley natural, según sostiene la doctrina tradicional del Derecho Natural. Por eso, aunque todas las personas tengan personalidad y capacidad jurídica, que en última instancia tiene su fundamento en el Derecho Natural, no todas tienen la misma capacidad jurídica determinada y concreta; ésta depende de su situación y posición ante el ordenamiento (aunque ambos tengan personalidad y capacidad jurídica, no es la misma la capacidad concreta de un ciudadano y de un extranjero. El extranjero no puede ser titular de determinados derechos subjetivos, por ejemplo el Derecho de voto en las elecciones políticas, en tanto permanezca su situación de extranjería. No se trata sólo de que no pueda ejercitar su Derecho de voto –lo cual afectaría solamente a su capacidad de obrar– sino que ni siquiera puede ser titular del mismo, pues tal titularidad está reservada a los ciudadanos del Estado).

La capacidad de obrar está naturalmente vinculada a la capacidad de conocer y querer; depende, por tanto, del grado de libertad y responsabilidad de la persona. Aquellas personas que carecen de uso de razón –niños y dementes– o que tienen limitada su libertad de actuación por alguna circunstancia –por ejemplo, una sanción pena1– se dice que poseen incapacidad natural o que tienen limitada su capacidad de obrar. La capacidad de obrar se refiere, por tanto, a la posibilidad de realizar actos jurídicos. Ello requiere, evidentemente, la posibilidad de ser titular de relaciones jurídicas, puesto que no puede ejercitar derechos aquel que no puede ser titular de los mismos, aunque no todo titular de un derecho –por ejemplo, el menor– pueda ejercitarlo. Pero ya hemos dicho que el problema de determinar quién pueda ser titular de un derecho concreto es un problema de capacidad jurídica, no de capacidad de obrar.

Como la capacidad de obrar se refiere a la aptitud para realizar actos jurídicos de diversa índole, puede haber también diversas especies de la capacidad de obrar según la naturaleza de los actos que se realicen. Así, por ejemplo, una

especie interesante de la capacidad de obrar es la que se refiere a la posibilidad de realizar negocios jurídicos, a la que por este motivo se puede designar como capacidad negocia!; otra capacidad diversa es la que se refiere a la aptitud para ejercitar los propios derechos en el proceso, que suele designarse como capacidad procesal –mientras que la llamada legitimación (*legitimatio ad causam*) se refiere más concretamente a la aptitud para actuar en un proceso determinado, por ejemplo, un proceso petitorio o posesorio–[1]. En otras ocasiones, cuando la ley prohíbe realizar un determinado acto o negocio, la doctrina suele hablar de prohibiciones; indudablemente, las prohibiciones suponen una limitación de la capacidad de obrar y por eso son encuadrables dentro de esta categoría jurídica (cuando la doctrina jurídica ha pretendido distinguir entre prohibiciones e incapacidades no ha tenido nunca demasiado éxito).

Las consideraciones que acabamos de hacer sobre la personalidad jurídica y la capacidad corresponden a una teoría general del Derecho de base iusnaturalista. En este sentido, pensamos que son también aplicables al Derecho Canónico aunque, naturalmente, las circunstancias determinativas y modificativas de la capacidad sean distintas en el ordenamiento canónico y en el civil. A continuación, examinaremos el tema en Derecho Canónico.

2. La persona en el canon 87

La mayor dificultad para aplicar al Derecho Canónico los principios anteriormente expuestos la encontramos en la formulación del canon 87 del CIC. Según la fórmula literal de este canon, sólo «*por el bautismo queda el hombre constituido persona en la Iglesia de Cristo con todos los derechos y obligaciones de los cristianos*». No voy a repetir ahora los variadísimos comentarios exegéticos a que ha dado lugar este canon cuya formulación, quizá por ello mismo, no parece ser demasiado afortunada[2]. No obstante, considero que cualquier comentario que se haga a la

1. Sobre esta cuestión, cfr. M. López Alarcón, *Derecho Procesal Canónico* en Varios, *Derecho Canónico*, II, Pamplona 1974, 199.

2. La interpretación del canon 87, así como la cuestión de la personalidad jurídica de los no bautizados, ha dado lugar a una interesante discusión doctrinal en la que los autores han tomado diversas posturas. Entre la abundante bibliografía, puede verse: L. Bender, *Donatio ad causam piam facta ab infideli*, EJCan 11, (1955) 439-478; Id. *Infideles et exercitium indirectum potestatis ecclesiasticae*, ME 80 (1955) 638-653; Id. *Persona in Ecclesia – Membrum Ecclesiae*, Apo11. 32 (1959) 105-119; P. Ciprotti, *Personalita e battesimo nel diritto della Chiesa*, DEC 53 (1942) 273-276; A. del Portillo, *Fieles y 1aicos en la Iglesia. Bases de sus respectivos estatutos jurídicos*, Pamplona, 1969, 285-310; T. García Barberena, *Personne humaine et personne canonique*, in: Etudes de droit et d'histoire, Mélanges Mgr. H. Wagnon, Leuven 1976, 439-454; P. Gismondi, *Gli acattolici nel diritto della Chiesa*, EJCan 2 (1946) 224-249; 3 (1947) 30-45; 4 (1948) 55-68; Id., *La capacita giuridica degli acattolici*, en: Acta Congressus

letra de este canon no puede perder de vista nunca la realidad sustantiva de las cosas. Así, por eje1nplo, la persona es una realidad sustancial cuyo concepto no puede ser inventado prescindiendo de la naturaleza de las cosas. La persona no puede ser una creación del Derecho, y mucho menos si un concepto jurídico de persona restringiese la personalidad Jurídica que todo hombre tiene por naturaleza y la atribuyese exclusivamente a ciertas personas, cuando estuviesen en posesión de determinadas cualidades.

¿Puede un ordenamiento jurídico positivo negar la personalidad y capacidad jurídica que toda persona tiene por naturaleza y atribuirla exclusivamente a algunos individuos? Nos parece que no, y con mayor razón si se trata de un ordenamiento jurídico que, como el Canónico, se basa en el Derecho Natural. ¿Puede el ordenamiento Canónico atribuir la personalidad jurídica exclusivamente a los bautizados? Evidentemente no, si eso supusiera negar que todo hombre por naturaleza es sujeto de derechos y deberes fundamentales y que, como tal, tiene una personalidad y capacidad jurídica ante cualquier ordenamiento jurídico positivo. Por lo tanto, si se quiere dejar a salvo la naturaleza de las cosas, la exégesis del canon 87 no puede hacerse en esa dirección. Se debe escoger una vía por la que no sea necesario inventarse un concepto jurídico de persona, distinto del concepto real de persona.

¿Cuál es el concepto real de persona? Ninguna definición ha encontrado mayor aceptación que la definición de *Boecio* anteriormente citada: persona es una sustancia individual de naturaleza racional. Cabría preguntarse si hay alguna circunstancia por virtud de la cual la realidad de la persona pudiera modificarse sustancialmente, hasta el punto de dejar de ser lo que era, para pasar a ser un sujeto en el que se hubiese producido un verdadero cambio sustancial. La respuesta es clara: las personas son sustancialmente distintas unas de otras; asimismo, hay diferentes clases de personas que se diferencian esencialmente entre sí, como la diferencia que hay entre la persona humana y las Personas Divinas,

Internationalis Iuris Canonici, Romae 1953, 130-145; A. Gómez de Ayala, *Gli infideli e la personalità nell'ordinamento canonico*, I, Milano 1971; P. Huizing, *De donatione ad causam piam facta a non baptizato.* Casus *Theologiae Practicae*», PRMC43 (1954) 287-304; P. Lombardía, *Derecho divino y persona física en el ordenamiento canónico*, en: Escritos de Derecho Canónico, I, Pamplona 1973, 223-253; Id., Infieles, ibid. 63-141; Id., *Estatuto jurídico del catecúmeno según los textos del Vaticano II*, Ibid., 205-267; G. Michiels, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Parisiis–Tornaci–Romae 19552, 4-28: K. Mörsdorf, *Persona in Ecclesia Christi*, AfkKR 131 (1962) 345-393; W. Onclin, *De donationibus aut largitionibus ad causas pias a non catholicis factis*, en: Questioni attuali di diritto canonico, Romae 1955, 191-200; Id., *Membres de l'Eglise, Personnes dans l'Eglise*, ACan 9, (1965) 11-32; M. Petroncelli, *Persona fisica e soggetto di diritti* e doveri. ne1l'ordinamento canonico, en: Acta Conventus Internationalis Canonistarum, Vaticano, 1970, 184-195; P. J. Viladrich, *Teoría de los derechos fundamentales del fiel. Presupuestos críticos*, Pamp1ona 1969, 147-197; 315-317; 328-342.

o entre la persona humana y las sustancias puramente espirituales como los ángeles. Ahora bien, no es posible un cambio sustancial en una misma persona humana, de tal manera que lo que antes era persona deje de serlo –la muerte produce la separación de alma y cuerpo pero no suprime la personalidad–, o que lo que no es persona pase a serlo de buenas a primera. Lo único que caben en una misma persona son cambios accidentales de mayor o menor entidad –no tiene la misma entidad la caída del cabello o el cambio del color de la piel que la adquisición de hábitos que conformen decisivamente la personalidad moral de la persona en un sentido u otro–.

3. Incidencia del bautismo en la personalidad

Es el momento de preguntarse qué significación tiene el bautismo con respecto a la constitución de la persona. Nos podríamos preguntar lo siguiente: ¿Produce el bautismo en la persona del bautizado un nuevo ser de tal entidad que se produzca en el sujeto que recibe el sacramento un cambio sustancial de personalidad? ¿Tiene la persona del bautizado una personalidad sustancialmente distinta de la persona no bautizada? Si se pretende hablar con rigor y se concluye que el bautismo no produce un cambio sustancial en la personalidad del bautizado, habremos de concluir también que el nuevo ser que produce el bautismo, por muy trascendente que sea su incidencia en la personalidad del bautizado (indudablemente lo es), no será sin embargo un elemento constitutivo de su esencia en cuanto persona, sino más bien una circunstancia o cualidad que dotará, eso sí, al bautizado de un nuevo ser accidental y de una serie de virtualidades y capacidades concretas que antes de la recepción del sacramento no tenía. Ahora bien, parece que esta tiene que ser la respuesta, y no otra, a la pregunta que anteriormente formulábamos.

El bautismo, en efecto, es un sacramento que, al conferir la Gracia, produce un nuevo ser sobrenatural en quien lo recibe. Mediante él, el sujeto se incorpora a Cristo y a la Iglesia, y se imprime un carácter indeleble en el alma que capacita para participar en el culto cristiano. En palabras de la constitución *Lumen Gentium*, «*los fieles, incorporados a la Iglesia por el bautismo, quedan destinados por el carácter al culto de la religión cristiana, y, regenerados como hijos de Dios, están obligados a confesar delante de los hombres la fe que recibieron de Dios mediante la Iglesia*» (LG n. 11). Se puede hablar, por tanto, de un nuevo nacimiento como consecuencia de esa filiación divina que se adquiere mediante el sacramento. Por esta razón, precisamente, se puede hablar de una nueva personalidad, o de un auténtico cambio en la personalidad del bautizado. Ahora bien, la realidad de este cambio

y su innegable reconocimiento, no puede hacernos olvidar los términos en los que habíamos planteado nuestra pregunta. Hay que plantearse la pregunta con rigor y responderla con rigor: ¿produce el bautismo un cambio sustancial en el hombre bautizado, de tal manera que se constituya una nueva persona, esencialmente distinta de la que tiene el sujeto no bautizado?

El problema tiene que ver con una cuestión de fondo que está en su misma base: la cuestión de las relaciones entre naturaleza y Gracia. ¿En qué consiste el nuevo ser que produce la Gracia? ¿En qué medida incide la Gracia sobre la naturaleza y cuáles son sus relaciones? Para lo que a nosotros interesa, bastará dejar constancia de la doctrina común de los autores católicos, encabezada por *Santo Tomás de Aquino*. Al abordar la cuestión de la esencia de la Gracia, el Aquinate se plantea el problema al que intentamos responder. Su respuesta es clara: la Gracia no es una sustancia sino una cualidad del alma y, por tanto, un accidente que inhiere en la propia sustancia del alma que la recibe. El nuevo ser que la Gracia produce no provoca un cambio sustancial en el sujeto que lo recibe, sino un cambio cualitativo, un cambio accidental[3].

Tomás de Aquino sale al paso de una posible dificultad a la que antes hemos aludido: la sustancia es más noble que la cualidad (por ser ésta algo accidental); a su vez, la Gracia es más noble que la naturaleza del alma, puesto que las cosas que podemos obtener por la Gracia no podemos obtenerlas por la sola naturaleza. Luego parece que la Gracia debe ser algo más que una simple cualidad.

También su respuesta a esta dificultad es muy clara: la sustancia, o bien se identifica con la misma naturaleza de la cosa de la cual es sustancia, o bien es una parte de esa naturaleza, como cuando se dice que la materia o la forma es una sustancia. Pero como la gracia está por encima de la naturaleza humana, no puede ser una sustancia o forma sustancial, sino que es una forma accidental con respecto al alma. Efectivamente, aquello que está sustancialmente en Dios, sólo accidentalmente está en el alma cuando ésta se hace partícipe de la bondad divina, como ocurre con la ciencia. Según esto, como el alma participa imperfectamente de la bondad divina, 1a misma participación de la bondad divina, en que la Gracia consiste, tiene un modo de ser más imperfecto en el alma que la misma sustancia del alma, que subsiste por sí misma. Sin embargo, la Gracia tiene un modo de ser más digno que la naturaleza del alma, en la medida en que es una participación de la bondad divina, pero no en cuanto a su modo de ser[4].

3. Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I–II, q. 110, a. 2
4. Ibid. I–II, q. 110, a. 2, ad 2.

Así pues, según esta doctrina considerada común entre los autores[5], la Gracia inhiere en la naturaleza como una forma accidental (cualidad), pero no la modifica sustancialmente. Consecuentemente, el efecto que la gracia sacramental produce en el sujeto no modifica sustancialmente su personalidad, sino que le añade una nueva cualidad que le eleva al plano sobrenatural sin suprimir su naturaleza (*Gratia non tollit naturam, sed perficit*).

Refiriéndose concretamente al bautismo y a los efectos propios de este sacramento, el mismo *Santo Tomás* precisa que se trata, en efecto, de una regeneración por la que se nace a una nueva vida. Y que esta nueva vida consiste en la incorporación a Cristo como miembro suyo («*per baptismum aliquis incorporetur Christo quasi membrum ipsius*»)[6], en la unión con Cristo Cabeza como miembro de su Cuerpo, la Iglesia. Por el bautismo la persona bautizada se convierte en fiel cristiano y se incorpora a Cristo y a la Iglesia, como miembro del Cuerpo Místico.

Es interesante considerar la semejanza que guarda esta doctrina, y hasta los mismos términos en que está formulada, con el enunciado del canon 87. Siendo ésta la doctrina tradicional católica, no cabe duda de que el canon 87 ha de ser encuadrado en ella para interpretar correctamente su formulación y, lo que es aún más importante, para no traicionar su espíritu, ni hacerle decir más de lo que dice.

Por lo tanto, según la doctrina expuesta, el bautismo no constituye a la persona en cuanto tal (no es un elemento constitutivo de la persona), sino que le confiere una gracia específica por virtud de la cual se convierte en fiel cristiano y se incorpora a Cristo y a su Iglesia. La persona bautizada, sin dejar de ser

5. Tratando de esta cuestión, afirma Schmaus: «*¿Qué es, por tanto, la gracia santificante? Si definimos su modo de ser (esencia) desde el punto de vista filosófico y con ayuda de categorías aristotélicas, tenemos que decir que es una realidad creada, permanente y sobrenatural, una cualidad que inhiere al yo humano a modo de determinación habitual (habitus); es un ser accidental que, según el Concilio de Trento (Sesión* 6ª; *can.* 11), *inhiere en el yo humano. La gracia no tiene consistencia o sustancia, no existe en sí ni por sí; es más bien un accidente … Por lo que respecta a la determinación de su carácter de accidente, hay que decir que pertenece a la categoría de la cualidad, y dentro de la cualidad, al hábito, porque no es potencia … Todas estas afirmaciones están tan ligados a la doctrina de la Iglesia, que tienen certeza teológica (Cfr. Tridentinum, sesión* 6», *cap.* 4, 7, 10, 15, 16; *Can.* 11; *además, el Concilio de Vienne, D.* 483). *Según el Catecismo Romano, la gracia divina es «una qualitas in anima inhaerens». Aunque se diga .que es una cualidad, nunca hay que olvidar el carácter analógico de esa afirmación. La gracia santificante existe en un modo de existencia análogo al del accidente natural, pero es más desemejante que semejante al mismo*». Cfr. M. Schmaus, *Teología Dogmática*, V. *La Gracia Divina*, Madrid 1959, 146-147. Puede verse también Ch. Baumgartner, *La grace du Christ*, Tournai 1963, 164-166.

6. «*Per baptismum aliquis regeneratur in spiritualem vitam, quae est propria fidelium Christi: sicut Apostolus dicit, Gal.* 2,20: «*Quod autem nunc vivo in carne, in fide vivo Filii Dei*». *Vita autem non est nisi membrorum capiti unitorum, a quo sensum et motum suscipiunt. Et ideo necesse est quod per baptismum aliquis incorporetur Christo quasi membrum ipsius*». *Summa Theologiae*, III, q. 69, a. 5.

persona ni recibir tampoco ningún suplemento esencial de su personalidad, se hace miembro del Cuerpo Místico, miembro de la Iglesia. En este sentido, no es demasiado feliz la expresión del canon 87 («*Baptismate homo constituitur persona in Ecclesia Christi*») pues parece dar a entender que el Bautismo es un elemento constitutivo de la personalidad del hombre, cuando en realidad lo único que ocurre es que quien ya era persona se incorpora ahora a la Iglesia de Cristo.

Por eso, parece más correcta una interpretación de este canon que distinga entre *persona in Ecclesia* y *persona extra Ecclesiam*[7]. Bien entendido que no puede tratarse de dos personas distintas (al menos sustancialmente, en cuanto a su identidad personal, individual y única), sino de dos situaciones o posiciones diversas que diferencian efectivamente al bautizado del no bautizado: la persona bautizada está incorporada a la Iglesia y la no bautizada está fuera de la Iglesia. Pero no se trata de dos sujetos distintos sino de una personalidad unitaria, de una única persona[8].

Si trasladamos todo esto al plano del Derecho y lo ponemos en relación con lo que al principio decíamos acerca de la personalidad y capacidad jurídicas no cabe duda de que, siendo la capacidad jurídica algo que deriva de la propia

7. Cfr. P. Ciprotti, *Personalità e battesimo nel diritto della Chiesa*, op. cit. 274. Esta es la interpretación de Ciprotti *cuando afirmaba que «la contraria affermazione di molti canonisti, che considerano persona soltanto chi è battezzato, deriva in alcuni della ingiustificata preoccupazione che, riconoscendo la personalita giuridica al non battezzato, ad esso debba essere riconosciuta un'ampia capacita giuridica canonica; e in tutti da un'inesatta interpretazione del can* 87, *che realmente a prima vista può trarre in inganno, facendo credere che solo i battezzati siano considerati persone.*

A parte pero il valore relativo che può avere una definizione legale, da quanto abbiamo detto risulta che non può tale interpretazione del can. 87 *essere esatta. Esso deve essere inteso non nel senso che gl'infedeli non sono «personae», bensì che essi non sono «in Ecclesia», ma sono perciò «personae» extra Ecclesiam; e inoltre che mentre chi non ha battesimo non ha omnia christianorum iura et officia, il battezzato ha omnia christianorum iura et officia nisi, ecc. »*. En el mismo sentido se pronuncia Gismondi. Cfr. P. Gismondi, *Gli acattolici nel diritto della Chiesa*, op. cit. Id. *La capacita giuridica deg1i acattolici*, op. cit. En contra, W. Onclin, *Membres de l'Eg1ise, Personnes dans l'Eglise*, op. cit. 16-21.

8. T. García Barberena, *Personne humaine et personne canonique*, op. cit. 450. En su estudio sobre la cuestión, considera que el concepto de personalidad jurídica no es absoluto sino relativo a las diversas situaciones que 1a persona, en su condición de bautizada o no, puede tener ante el ordenamiento canónico. En consecuencia, es partidario de la tesis que atribuye la personalidad jurídico–canónica a los no bautizados: «*A mon avis le concept de personnalité juridique n'est pas absolu mais relatif. Les canoniques classiques ignorent le concept de personnalité juridique au sens ou nous l'employons, si bien qu'ils parlent uniquement de l'homme et de la société. C'est le code actuel qui le premier, l'introduisit dans la discipline écclésiastique. Compte tenu de ce que l'on vient de dire, la personnalité canonique ne doit pas se circonscrire nécessairement aux baptisés, soit parce que les non baptisés sont aussi élevés a l'ordre surnaturel, soit également parce que la mission et le pouvoir de l'Eglise ne se limitent pas a guider ceux qui sont au–dedans mais comprend aussi l'évangélisation des non baptisés (Cfr. Décret Ad Gentes nn.* 2, 5, 8). *Ceci fait que les non catholiques peuvent accéder a l'orde légal canonique grace a la positivation des pré–droits qu'ils ont en tant qu'hommes ou en tant que membres potentiels de l'Eglise* ».

naturaleza de la persona (de su dignidad intrínseca), no parece lógico atribuir al bautismo esa capacidad esencial y básica que la persona tiene. Lo que sí ocurrirá es que, debido a esa nueva cualidad que el bautismo confiere, se produzca una determinación y concreción de esa capacidad indeterminada y genérica, de tal manera que la persona bautizada adquiera, *ipso facto*, una nueva situación y posición jurídica (una nueva condición jurídica, si se prefiere) que le atribuya la efectiva titularidad de los derechos y deberes propios del cristiano (según la expresión del citado canon). Esta nueva situación es determinativa y especificativa de la capacidad, pero no constitutiva de la personalidad. La personalidad y capacidad jurídica del bautizado y del no bautizado son esencialmente la misma, aunque el conjunto de derechos y deberes de los que puede ser titular el bautizado sea cualitativamente distinto de aquellos que puede gozar el no bautizado, puesto que sólo aquél podrá gozar efectivamente de los que corresponden al cristiano. En resumen, sólo la persona bautizada *(persona in Ecclesia*) puede ser sujeto de los derechos y deberes de los cristianos, mientras que la persona no bautizada (*persona extra Ecclesiam*) sólo será sujeto de derechos y deberes en la medida en que lo determinen las circunstancias por las que puede ponerse en relación con el ordena miento Canónico (por ejemplo, a través de su capacidad negocial o procesal)[9].

4. Capacidad de Derecho natural y capacidad de Derecho positivo

Teniendo presente estas consideraciones, no parece muy acertada la opinión según la cual la persona no bautizada sólo tendría una capacidad de Derecho natural, pero no una capacidad jurídico–canónica: se le concede así al infiel la capacidad jurídica natural, pero se le niega la capacidad jurídica de Derecho

9. Cfr. P. Lombardía, *Derecho divino y persona física*, op. cit. 252-253. Después de haberse mostrado también partidario de una interpretación del canon 87 que distinga entre *persona in Ecclesia* y *persona extra Ecclesiam,* Lombardía ha propuesto un término más técnico para expresar la personalidad jurídica y 1o ha referido a la expresión *persona in iure canonico.* Así concluye su trabajo sobre la cuestión: *«El concepto de «persona physica in iure canonico» no puede confundirse con el de «persona in Ecclesia Christi», ya que el primero es extensivo a todos los hombres y tiene su fundamental manifestación en la capacidad de tener derechos y deberes reconocidos y tutelados por el ordenamiento, y el segundo sólo es aplicable a los bautizados y tiene como fundamentales consecuencias la titularidad de los deberes propios de la condición de súbdito de la 1glesia y los derechos que se derivan inmediatamente de ser miembro de la misma. La capacidad de derechos y deberes que tienen las personas físicas no puede confundirse con una efectiva titularidad más que en el caso de los derechos fundamentales que corresponde a todo hombre ad animarum salutem; en los demás casos sólo habrá una efectiva titularidad cuando los derechos y deberes sean positivamente reconocidos por las normas canónicas, de acuerdo con la específica situación del sujeto en relación con el fin y la potestad de la Iglesia».*

positivo ante el ordenamiento Canónico[10]. En esta opinión parece haber un planteamiento, de raíz positivista, según el cual el Derecho natural y el positivo serían dos órdenes separados de conducta, sin que mediase entre ellos conexión esencial alguna, de modo semejante a como la llamada teoría de la *canonizatio* exige la previa positivación del Derecho divino por la Autoridad Eclesiástica para que pueda tener vigencia dentro del ordenamiento canónico[11]. Ahora bien, éste no es el planteamiento de la doctrina tradicional del Derecho Natural.

Según la doctrina clásica del Derecho Natural, la positividad es una propiedad esencial del Derecho, de forma tal que la misma existencia del Derecho Natural exige su positivación. Siendo la exigibilidad otra característica esencial de la norma jurídica, difícilmente se podrá hacer exigible una conducta debida si no está positivada de algún modo la norma obligante, como título sobre el que basar la sanción que exige también su eventual incumplimiento. Por lo tanto, es una exigencia del Derecho Natural su positivación y la eventual sanción coactiva para aquellos sujetos que reúsen someterse a las prescripciones de sus normas[12].

Respecto al modo de positivación, la doctrina tradicional se ha referido a la doble vía de la determinación y de la conclusión. El contenido indeterminado y genérico del Derecho Natural ha de determinarse y especificarse (como el gé-

10. Esta opinión viene siendo mantenida por Petroncelli ya desde 1942, en un estudio en el que criticaba la tesis de *Ciprotti* favorable a la personalidad jurídica del no bautizado. Cfr. M. Petroncelli, *I soggetti dell'ordinamento canonico*, DEC 53 (1942) 281-282. En trabajos posteriores ha seguido manteniendo la misma opinión, reafirmada recientemente en la última edición de su Manual de Derecho Canónico, Cfr. *Diritto Canonico*, Napo1i 1976. Esta misma opinión es la sostenida por Onclin. Cfr. W. Onclin, *Membres de l'Eglise, Personnes dans l'Eglise,* 1921.

11. Esta parece ser la postura adoptada por Onclin, cuando critica la opinión de Ciprotti y de Gismondi según la cual el fundamento de la recepción del derecho natural en el ordenamiento canónico sería el canon 6, no. 6°. La crítica de Onclin es justa cuando afirma que «*le n.* 6 *de ce canon, comme le canon tout entier, ne porte que sur les lois canoniques anciennes, celles qui ne sont pas reprises dans le Code, les lois canoniques anciennes praeter Codicem, qu'il déclare abrogées, a l'exception de celles qui se trouvent dans les livres liturgiques ou qui comprennent des prescriptions de droit divin, positif ou naturel. Il n'a done nullement pour objet le droit divin comme tel, les prescriptions du droit divin dans leur ensemble»*. *Pero* su planteamiento adolece de cierto positivismo cuando, a continuación, añade que «*sans doute, les prescriptions du droit divin subsistent également, mais non point comme lois canoniques, mais comme lois divines seulement*». En esta separación tajante entre leyes canónicas y leyes divinas, de cierto sabor positivista, creemos que está el punto débil de su argumentación. Por eso no podemos estar de acuerdo con su conclusión: «*La conclusion qui se dégage relativement a la question qui nous occupe s'impose: le droit naturel n" étant nullement du droit canonique, les hommes, qui certes sont tous personnes dans l'ordre naturel, n'en sont pas pour autant personnes dans l'orde canonique, capables de posséder des droits canoniques*». Cfr. W. Onclin, *Membres de l'Eglise, Personnes dans l'Eglise,* op. cit. 20-21. Cfr. tambien, del mismo autor: *Considerationes de iurium subiectivorum in Ecclesia fundamento ac natura*, en: *Acta Congressus Internationalis Iuris Canonici, Romae*, 1953, 215-218.

12. Sobre esta cuestión cfr. V. Cathrein, *Filosofía del Derecho. El Derecho natural y el positivo*, Madrid 1922, 81-94; 196-204; J. Messner, *Das Naturrecht*, Innsbruck–Wien–München 1960, 205-211; 350-352.

nero por sus especies) por la ley positiva; por otra parte, los principios de la Ley Natural sirven como punto de partida para extraer de ellos las conclusiones del Derecho positivo[13].

Es necesario recordar estos principios clásicos para no caer en el error de separar estos dos órdenes que, por su propia naturaleza, están esencialmente vinculados entre sí: el Derecho natural necesita de su positivación y el Derecho positivo sólo se legitima por su reconducción, *via determinationis* o *via conclusionis*, al Derecho natural.

De este modo, se hace difícil aceptar la tesis de una doble capacidad jurídica, una de Derecho natural y otra de Derecho positivo, en un ordenamiento como el Canónico en el que por su propia naturaleza está ya recibido de antemano el Derecho Divino, sea natural, sea positivo. Esta tesis podría ser defendible de cara a un ordenamiento de tipo positivista, en el que se rechazase la inspiración y legitimación de las normas por el Derecho Natural. Pero parece que no es sostenible de cara al ordenamiento Canónico. Si se dice que los infieles, en cuanto personas, tienen una capacidad jurídica de Derecho Natural, el ordenamiento Canónico tendrá que reconocer también positivamente esta realidad y darle la debida eficacia a través de sus normas positivas. Entonces es cuando entrará en juego la función determinativa y especificativa que la ley positiva cumple con respecto al orden natural. Para ello deberá hacerse una regulación y tipificación de aquellos actos jurídicos y de aquellas relaciones jurídicas que también la persona no bautizada puede asumir en el ordenamiento Canónico. Es decir, deberá determinarse y concretarse la capacidad jurídica indeterminada y genérica que toda persona tiene, de acuerdo con su posición y situación ante el Derecho Canónico. El problema consiste sencillamente en identificar las posibles conexiones y vinculaciones que los no bautizados pueden tener con la Iglesia y su Derecho. Por lo tanto, es también una cuestión de técnica jurídica.

5. Los derechos naturales de la persona y del fiel en el ordenamiento Canónico

El fundamento jurídico de cuanto venimos diciendo se encuentra en una cuestión de fondo que es la siguiente: la incidencia del Derecho Natural en el Derecho Canónico. De esta incidencia dependen dos cosas: primera, el reconocimiento de la capacidad jurídica de los no bautizados; segunda, el reconocimien-

13. Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I–II, q. 95, a. 2.

to de los *derechos naturales* del fiel. El entrecomillado *derechos naturales* se debe a que con ello pretendo referirme, no a los derechos específicos de la condición de fiel, sino a los derechos del fiel, en cuanto persona humana. Aunque la situación canónica del fiel y del infiel no es la misma, sí lo es el título por virtud del cual se han de reconocer y proteger sus derechos naturales en cuanto personas, pues este título no es otro sino la dignidad propia de la naturaleza humana[14]. Esta naturaleza es la que exige el reconocimiento de la personalidad y capacidad jurídica del infiel, y esta misma naturaleza, que no cambia por la recepción del bautismo sino que permanece también en el bautizado, es la que exige el respeto de los derechos fundamentales que el fiel tiene en cuanto hombre. Si el fiel continúa siendo persona humana después del bautismo, es evidente que sus derechos humanos no pueden desconocerse por el Derecho que regule su situación de bautizado, en la misma medida en que sean relevantes, por el motivo que fuere, en su condición de miembro de la sociedad eclesiástica[15].

El tema de la incidencia del Derecho natural en el ordenamiento Canónico está en relación precisamente con este aspecto societario de la Iglesia. En la medida en que la Iglesia sea sociedad (y este es uno de los aspectos del misterio de la Iglesia, según la Constitución *Lumen Gentium*), en esa medida tendrá cabida en ella el Derecho, elemento inseparable y constitutivo de toda sociedad. Y en la medida en que el bautizado no pierda su condición de hombre y de persona humana, en esa misma medida incidirán las exigencias del Derecho natural en

14. En el canon 3 del Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia se afirma que la Iglesia reconoce "la dignidad de la persona y los derechos y obligaciones que de ella dimanan por razón de la vocación de todos los hombres a la salvación («*omnium hominum vocationis ad salutem ratione*»). Esta expresión del Proyecto no obsta a lo que estamos diciendo, puesto que con ella se justifica el interés de la Iglesia por todos los hombres y tal apertura de su derecho a todos ellos en cuanto que son llamados a la Iglesia, pero el reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica será siempre reconducible a un fundamento de Derecho natural.

15. La cuestión de los derechos humanos y su idoneidad en el ordenamiento canónico ha sido abordada en una serie de estudios, de desigual valor, entre los cuales pueden citarse los siguientes: T. Bertone, *Persona e struttura nella Chiesa*, en: Problemi e prospettive di diritto canonico, Brescia 1977, 84-95; J. Beyer, *De iuribus humanis fundamentalibus in statuto iuridico christifideliurn assumendis*, PRMCL 58 (1969) 29-58; J. Imbert, *Droit canonique et droits de l'homme*, ACan 15 (1971) 381-395; L. de Luca, *I diritti fondamentali dell'uomo nell'ordinamento canonico*, en: *Acta Congressus Internationalis Iuris Canonici, Romae* 1953, 88-103; A. Martínez Blanco, *Derechos humanos y derechos de los fieles en el ordenamiento canónico*, en: La norma en el Derecho Canónico, Actas del III Congreso Intemacional de Derecho Canónico, Pamplona 1979, 345-369; R. Metz, *Droits de l'homme ou droits du chrétien dans le projet de Lex Fundamentalis?* en: Ius et salus animarum. Festschrift für B. Panzram, Freiburg 1972, 75-91; Soria Vasco, *Le Concile de Charcas et droites de l'homme*, ACan 15 (1971) 481-523; J. M. Setién, *Persona humana e tutela dei suoi diritti nell'ordinamento canonico*, en: La collegialita episcopale per il futuro della Chiesa, Firenze 1969, 112-127; P.J. Viladrich, *Derechos fundamentales de la persona humana*, en: El Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia, IC (1971) 107-111; Id., *Teoría de 1os derechos fundamentales del fiel*, op. cit. 147 197; 315-317; 328-342.

el ordenamiento Canónico. Parece evidente que ciertos bienes jurídicos a los que toda persona tiene Derecho, como son el Derecho a la libre elección de estado y a fundar una familia, a la educación, a la buena fama, a obrar de acuerdo con la norma recta de su conciencia, a la protección de la vida privada y a la justa libertad también en materia religiosa (por citar algunos de los que enumera la Constitución *Gaudium et Spes*, n. 26, como basados en la dignidad del hombre; pero a esta lista podrían añadirse otros, como los derechos de asociación y reunión), todos estos derechos (quizá modalizados, cuando la persona haya recibido determinados sacramentos) deberán tener vigencia también en el ordenamiento Canónico con el carácter universal e inviolable que, según la misma *Gaudium et Spes*, es característica de todos ellos. La cuestión de su reconocimiento práctico podrá plantear más o menos problemas de índole técnica (así, por ejemplo, si hay que limitarse a su reconocimiento genérico, o si conviene un reconocimiento más específico y explícito que garantice mejor su eficacia y proporcione una mayor seguridad jurídica), pero no puede caber duda respecto a su legitimidad y fundamento, especialmente en una situación histórica en que se ha cobrado una tal sensibilidad y toma de conciencia con respecto al tema. Teniendo presente el fundamento de Derecho Divino que estamos reivindicando para estos derechos, no puede enfocarse el tema desde un punto de vista meramente testimonial, puesto que esto sería reducir la cuestión a unos términos que no son los más importantes; pero no cabe duda tampoco de que, en la actual coyuntura histórica, ese carácter testimonial no puede ser despreciado.

Por todas estas razones, me parece de indudable interés que la doctrina canónica vuelva a reconsiderar de nuevo las cuestiones que acabamos de plantear, para que pueda clarificarse más el tratamiento de la personalidad y capacidad jurídica en el Derecho Canónico, así como la relevancia que los derechos naturales de la persona humana (sea o no bautizada) tienen en él. Nos parece que son dos cuestiones que están estrechamente vinculadas, aunque quepa distinguir ambos aspectos. De igual manera que la condición de fiel es inseparable de cualquier otro *status* canónico (clérigos, religiosos y laicos no pierden nunca su condición de fieles, ni por tanto los derechos y obligaciones que como fieles tienen, aunque puedan quedar modalizados por la recepción del Sacramento del Orden o por la asunción de la condición de religioso), de forma análoga también los fieles que han recibido el bautismo continúan siendo personas humanas, y por tanto con los derechos y obligaciones inherentes a esa condición, en la que tienen una situación de igualdad en relación con las personas no bautizadas.

Espero que las reflexiones llevadas a cabo en estas líneas hayan podido contribuir a ello.

3

FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO CANÓNICO*

En este breve estudio sobre la autonomía privada en el ordenamiento Canónico, vamos a fijarnos en tres aspectos que pueden considerarse: 1) la autonomía privada como principio general del Derecho. 2) El significado técnico y las manifestaciones de la autonomía privada. 3) Su función en el ordenamiento Canónico.

1. El término «autonomía privada» designa sencillamente el poder jurídico que se reconoce a la persona para que, libremente, regule las relaciones jurídicas que corresponden a su esfera de libertad e iniciativa personal. Dejemos a un lado la cuestión del momento histórico en que este término ha surgido y de cuándo ha pasado a ser un término técnico utilizado en la Ciencia jurídica. Con el carácter dialéctico que a veces se le da, como una reivindicación de la libertad de las personas frente al cada vez más asfixiante aparato del Estado, es muy posible que la datación de su uso no remonte más allá del siglo XIX y que su utilización por la Ciencia jurídica tenga como telón de fondo la doctrina del Liberalismo. Pero esto es anecdótico y sólo afecta al problema del origen histórico del término en su actual significación como reivindicación de la libertad de la persona frente al Estado.

En cambio, la noción de autonomía privada, en cuanto significa aquel poder que se reconoce a los particulares para disponer libremente de su esfera personal, no tiene por qué estar ligada a ningún momento histórico y ni siquiera hay por qué reducir el ámbito de su significación exclusivamente a las actividades de la persona en relación con el poder político estatal. La autonomía privada de la persona tiene valor en todos los ámbitos de la actividad social, cualquiera que

(*) Publicado en AA.VV., *La norma en el Derecho canónico*, Pamplona 1977, 1159-1165.

sea la sociedad a la que la persona pertenezca y siempre que, naturalmente, en esa sociedad se reconozca y respete la dignidad personal como un valor central de la vida social y del ordenamiento jurídico. Es evidente que la Iglesia Católica considera la dignidad de la persona como uno de los valores fundamentales de su doctrina social.

Cuando se dice que la autonomía privada es un principio general del Derecho, se quiere decir sencillamente esto: que ese ordenamiento jurídico considera a la persona como el fundamento de la sociedad (no nos referimos ahora a su fundamento trascendente) y que la dignidad y libertad de la persona son reconocidas por el ordenamiento en todas aquellas manifestaciones que, sin daño del bien común social, sean necesarias para el logro de ese perfeccionamiento de la personalidad al que la sociedad debe servir. Esa perfección personal se extiende a muchas esferas y afecta a muchos ámbitos y, en definitiva, se encuentra en relación con los fines más importantes del hombre. De ahí que una sociedad que reconozca a la persona como principio, sujeto y fin de todas las instituciones[1] y que afirme con esa radicalidad el valor de la dignidad personal, no tenga más remedio que tenerlo presente a la hora de configurar su ordenamiento jurídico sean cuales fueren el momento y la oportunidad. En todo caso, el momento y la oportunidad determinarán solamente el modo concreto como ese valor sea reconocido. No cabe duda de que el momento actual tiene una especial sensibilidad para captar y apreciar este tipo de valores y aboga en todas partes por su reconocimiento en todos los órdenes, también en el jurídico; y no sólo en jurídico estatal sino también en el Eclesiástico.

Esto es, a grandes rasgos, lo que queremos decir cuando afirmamos que la autonomía privada de la persona es un principio general del Derecho y que este principio general tiene también validez dentro del ámbito del ordenamiento canónico. Consecuentemente, también podemos afirmar que es un principio que deberá respetar siempre todo ordenamiento jurídico en cualquier momento histórico (sea pasado, presente o futuro), al menos mientras acepte como criterios inspiradores aquellos que reconocen la especial relevancia jerárquica del valor personal.

2. Una segunda cuestión que cabe considerar es la de las manifestaciones y la de la configuración técnica que este principio puede tener en el sistema jurídico de que se trate.

Desde el punto de vista social, estas manifestaciones están relacionadas con lo que se llama comúnmente «iniciativa privada» de las personas. La iniciativa

1. Const. *Gaudium et Spes*, n. 25.

privada no se reduce exclusivamente a la vida económica dentro de la sociedad; sus manifestaciones sociales pueden ser múltiples, tantas como permita el ámbito de la esfera de libertad de que se goce. Está en relación con los bienes económicos, pero también con los bienes culturales, artísticos, morales etc.; y, por supuesto, con los bienes religiosos de la personalidad. Iniciativa privada habrá en cualquier sociedad que reconozca esa esfera de libertad de la persona, y sus manifestaciones dependerán de la fuerza y vitalidad de cada uno de los miembros de la sociedad. La ausencia de iniciativas denotará una vida social muerta, mientras que la presencia de sus manifestaciones permitirá advertir los signos de la vitalidad y empuje de una sociedad. En el ámbito de la Iglesia, es obvio que esta iniciativa puede se multiforme en el terreno del apostolado y dela llamada a la santidad que a todos los fieles corresponde.

Desde un punto de vista jurídico, la autonomía privada se manifiesta en forma de autonomía contractual. Se dice que la manifestación típica de esta autonomía privada es el negocio jurídico. Esto puede ser cierto, pero al afirmarlo nos situamos inmediatamente en el nivel técnico–jurídico. La figura del negocio jurídico ha sido construida como categoría por la ciencia jurídica del siglo pasado, ya en los albores del XIX, y luego ha sido reelaborada y perfeccionada por la doctrina posterior, hasta la actualidad en que ha pasado a ser uno de los grandes temas de la Teoría General del Derecho, y en particular, del Derecho privado. Mientras la doctrina francesa prefiere la categoría de acto jurídico, la doctrina alemana, italiana y española prefieren la figura del negocio jurídico como término técnico que designa el acto típico de la autonomía privada. El negocio jurídico es el acto por el que las personas establecen un orden normativo para sus relaciones privadas, dentro de los cauces que señala el ordenamiento jurídico y de acuerdo con las finalidades que el mismo ordenamiento le reconoce. De ahí que pueda ser considerado como una auténtica fuente de Derecho privado, puesto que mediante el negocio jurídico se crean normas particulares y privadas que regulan eficazmente la esfera de libertad de las personas. Junto a las normas legales públicas, estas normas privadas desempeñan un papel de concreción que permite a los particulares desenvolverse ordenadamente, y según justicia, dentro de los límites y del marco que cada ordenamiento les permite.

Sin embargo, tampoco puede decirse que el negocio jurídico agote todas las manifestaciones técnico–jurídicas de la autonomía privada. En todo caso, sería más justo decir que es su manifestación típica. Pero las manifestaciones jurídicas de la autonomía privada han existido antes de que la doctrina jurídica construyese la figura del negocio y posteriormente habría que ver hasta qué punto la actividad jurídica negocial absorbe todas esas manifestaciones. Contratos pri-

vados han existido siempre y es ésta una de las fuentes clásicas del Derecho (la figura del contrato privado, junto al llamado pacto o contrato social); lo mismo puede decirse acerca de los testamentos y actos similares. Por eso hemos afirmado que la autonomía privada se ha manifestado siempre ante el Derecho en forma de autonomía contractual, entendido aquí el término en un sentido amplio. Es decir, como capacidad o poder de autogobierno y determinación en lo referente a los bienes de la propia esfera personal y como capacidad de disponer sobre ellos estableciendo normativamente su estatuto jurídico en relación con las demás personas, allegadas o extrañas. Esta autonomía contractual ha girado siempre en torno al contrato, considerado ahora no tanto como categoría técnica cuanto como institución del Derecho natural, es decir, como pacto o compromiso privado por el que las personas se ponen de acuerdo sobre los intereses que afectan a sus derechos y obligaciones.

Junto a este poder, reconocido siempre por los diversos ordenamientos históricos a las personas y que por ello no dudamos en considerar de Derecho natural, se pueden encontrar también otros poderes o potestades análogos, que son, asimismo, manifestaciones de autonomía normativa; es el caso de la llamada potestad dominativa, de la patria potestad o de los poderes normativos reconocidos a ciertas entidades morales, con capacidad para establecer verdaderos ordenamientos jurídicos autónomos, siempre dentro del ámbito que les permite el Derecho común de su sistema jurídico. Por eso, la autonomía normativa de que gozan o han gozado determinadas personas morales o jurídicas puede ser considerada también como manifestaciones de autonomía privada, sobre todo cuando los citados sujetos de derechos operan y funcionan dentro de lo que estamos llamando esfera privada personal.

3. El último punto que vamos a considerar brevemente es la función de la autonomía privada en el ordenamiento Canónico. En otra ocasión nos hemos referido a ello[2], intentado allí identificar las diversas posibilidades que a la autonomía privada se le ofrecen en el Derecho de la Iglesia. Poniéndolas en relación con el punto anteriormente tratado, destacaría ahora dos aspectos de esa función: el que se refiere a los actos jurídicos o compromisos privados en el seno de la Iglesia, y el que se refiere a la capacidad de iniciativa para el establecimiento de asociaciones y fundaciones, así como el poder de autogobierno estatutario del que estas entidades jurídicas pueden beneficiarse.

a) Por lo que se refiere a posibles actos jurídicos o contratos privados dentro del ordenamiento canónico, sería interesante que la autonomía privada pudiera

2. Vid. E. Molano, *La autonomía privada en el ordenamiento canónico*, Pamplona 1974.

manifestarse de un modo flexible, sin necesidad de tener que cristalizar en figuras jurídico–canónicas incapaces de formalizar de modo apropiado las diversas iniciativas o compromisos que en el seno de la Iglesia pueden asumirse. En este sentido, la incidencia que la nueva toma de conciencia de la universal llamada a la santidad y al apostolado ha tenido y sigue teniendo en la vida eclesial, exige que esa mayor flexibilidad y libertad se manifieste de un modo más holgado que el que actualmente tiene en el *Codex*.

Si se abre el *Codex* con el afán de buscar en él una regulación de las figuras contractuales aptas para configurar jurídicamente esos posibles compromisos a que nos referimos, se advierte enseguida que el Código no los contempla. Cuando el Código regula los contratos, se refiere a los patrimoniales, en el título XXIX de su libro III; y cuando trata de asunción de compromisos personales, los refiere especialmente al culto divino, tratando en ese apartado de las figuras del voto y del juramento, en las que llegó a cristalizar toda una larga tradición de vinculaciones personales relacionadas principalmente con el estado religioso o con situaciones análogas. Es indudable la excelsa función que esas figuras jurídico–canónicas han desempeñado para recoger y recibir en el seno de la Iglesia determinados actos de las personas, que de este modo quedaban dotados con una especial sanción, apta para que cumpliesen la finalidad que se pretendía. Pero es también indudable que esa tipificación de figuras no tiene por qué constituir un «numerus clausus» que, habiéndose producido un cambio de circunstancias, impida regular adecuadamente otras manifestaciones distintas de la vida cristiana fruto de la iniciativa privada eclesial. La regulación de la autonomía privada en el ordenamiento canónico debe permitir que las manifestaciones laicales de la iniciativa privada tengan un cauce jurídico flexible, dentro, naturalmente, de los límites que los fines institucionales de la Iglesia consienten y aprueban.

b) Por lo que hace a la capacidad para constituir entidades asociativas en el marco de la Iglesia, también nos hemos referido a ello en el libro anteriormente citado (especialmente págs. 249-372). Allí se examinan también las distintas modalidades según el tipo de entidad de que se trate, así como las posibilidades asociativas que la doctrina conciliar ofrece en relación con las asociaciones de fieles. Tan solo quisiera referirme ahora a la autonomía normativa de la que estas entidades pueden gozar.

La potestad estatutaria de las personas morales no es una novedad en el Derecho Canónico. Encontraríamos numerosos ejemplos en el Derecho histórico, e incluso en el actual. Sin embargo, solamente me refiero ahora a esa potestad estatutaria en relación con la autonomía privada de las personas. En este sentido, no sería tan fácil encontrar casos en la actual normativa canónica, concebida

quizá para situaciones distintas de las actuales, cuando las asociaciones de fieles giraban más bien en torno a finalidades de carácter cultual y litúrgico o en todo caso a determinadas obras de caridad o beneficencia. En cambio, es posible que la renovada vitalidad apostólica que se ha producido y continuará produciéndose como consecuencia de la maduración del laicado en el ejercicio de su vida cristiana, encuentre dificultades para su pleno desarrollo y despliegue en el marco de un cauce normativo promulgado años antes de que esa renovación se produjese.

A este respecto, puede decirse que la autonomía normativa de las asociaciones, en relación con la esfera privada personal, necesita, como premisa necesaria, del reconocimiento de un estatuto jurídico de los fieles, donde encuentren acogida los derechos y deberes fundamentales que les corresponde en la Iglesia. Este estatuto pensamos que es como la base sobre la que puede desplegarse una auténtica autonomía privada que afecte también a los poderes estatutarios de las asociaciones. Ese estatuto señalaría el ámbito de la esfera privada personal y, en consecuencia, el marco de libertad, dentro del cual puedan moverse las diversas asociaciones de fieles según su carácter o modalidad.

De ahí que la posibilidad de establecer ordenamientos jurídicos autónomos, que sean manifestaciones de autonomía privada, no pueda ser entendida como un arma de separación, y mucho menos de rebeldía, ante o frente a la Autoridad Eclesiástica y sus legítimos representantes. Debe concebirse, más bien, como una potestad protegida por el ordenamiento, para configurar, del modo más apropiado a las características peculiares de la asociación, el régimen y estructura jurídica de la misma, de modo que no padezca la fidelidad al propio espíritu y finalidades y se contribuya así, de un modo peculiar y genuino, a la misión universal de la Iglesia.

4

EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PRIVADA Y SUS CONSECUENCIAS CANÓNICAS*

Cuando habla de autonomía privada la doctrina jurídica hace referencia a aquel poder jurídico que se le reconoce a la persona, no sólo para crear, modificar o extinguir aquellas relaciones jurídicas que pertenecen a su esfera personal de libertad, sino también para establecer las reglas y el régimen jurídico privado por el que han de regirse; es decir, se reconoce a la persona un poder jurídico para dotar de un contenido normativo a aquellas relaciones jurídicas de las que forma parte y que competen a su dominio personal. Por otra parte, se considera que este poder de la persona es un principio general del Derecho que tiene su fundamento en el Derecho natural[1].

(*). Publicado en «Ius Canonicum», XLVII, (94), 2007, 441-463.

1. En una monografía publicada en 1974, tuve ocasión de tratar por extenso algunos temas que en este artículo solo voy a tratar brevemente. Cuando se publicó esa monografía las circunstancias eran muy distintas a las actuales. Estaba todavía vigente el Código de 1917, cuya reforma estaba entonces llevándose a cabo. Vid. E. Molano, La autonomía privada en el ordenamiento canónico, Pamplona, 1974.

En esa monografía –que fue el resultado de una reelaboración de mi tesis doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad de Navarra, y que fue dirigida por mi inolvidable Maestro el Prof. Pedro Lombardía, quien se dignó también escribir un magnífico Prólogo– trataba de contribuir a llenar lo que consideraba una laguna en el Derecho canónico. En el Derecho canónico había una abundante literatura –por lo demás, de muy desigual valor– sobre la existencia o no de un

1. La autonomía privada como principio general del Derecho

En cuanto principio general del Derecho, se habla del principio de autonomía de la persona –»autonomía de la voluntad»– o del principio de autonomía privada. Este principio tiene su fundamento en la dignidad y libertad de la persona. Por su dignidad la persona es sujeto de derechos y deberes; por su libertad, la persona posee un dominio sobre sus propios actos, y sobre aquellos bienes espirituales o materiales que le corresponden como persona y que pertenecen a eso que se llama su «esfera privada personal». En consecuencia, hay también un deber general de respeto a la persona y a su libertad que incumbe a todos: a los particulares y a la autoridad pública.

Aquí reside el fundamento de Derecho natural del principio de autonomía[2]. Según la Doctrina Social de la Iglesia «el principio, el sujeto y el fin de todas las instituciones sociales es y debe ser la persona humana»[3]. Esta Doctrina reconoce a la persona capacidad para crear aquellos «vínculos sociales que son necesarios para la perfección del hombre», entre los cuales se encuentran unos que «como la familia y la comunidad política responden más inmediatamente a su naturaleza íntima», pero hay también otros que «proceden más bien de su libre

derecho privado canónico, pero no se había hecho un estudio a fondo sobre la autonomía privada con el significado al que se acaba de aludir más arriba.

La realización de aquel trabajo de investigación fue para mí como una aventura personal, y surgió como consecuencia de mis conversaciones con el Prof. Lombardía sobre las diversas cuestiones ahí implicadas. Contó también siempre con el beneplácito del Prof. Hervada, que fue informado desde el principio de su realización, y tuvo también oportunidad de juzgarlo al final, formando parte del Tribunal designado al efecto. Por todos estos motivos, resulta para mí un trabajo particularmente entrañable.

Sin embargo, mi investigación canónica me llevó después por otros derroteros, y ese trabajo monográfico quedó ahí un poco olvidado por mí, pues formaba parte de un objetivo que en realidad se cumplió cuando se promulgó el Código de 1983. El actual Código de derecho canónico recogía ya, en efecto, algunas de las consecuencias canónicas derivadas del principio de autonomía privada, llenándose así las lagunas del viejo Código de 1917. Algunas de esas consecuencias canónicas recogidas en el Código vigente estaban planteadas –en la monografía antes citada– como sugerencias de *iure condendo* (puede verse, por ejemplo, en el capítulo sexto y último del libro, 264-291; se pueden ver también las conclusiones finales, 291-297).

En este nuevo trabajo sobre la autonomía privada trato de ofrecer un resumen de las principales consecuencias canónicas del principio de autonomía que están recogidas en el Código vigente. Ha sido la ocasión para retomar una cuestión de la que había tratado también –además de en la monografía citada– en la Comunicación presentada al Congreso Internacional de derecho canónico, que –bajo los auspicios de la «*Consociatio Internationalis iuris canonici promovendo*»– se celebró en Pamplona en octubre de 1976 (vid. E. Molano, *Fundamento y función de la autonomía privada en el derecho canónico,* en «La norma en el derecho canónico», I, Pamplona, 1976, 1159-1165).

2. Sobre el fundamento del principio de autonomía de la persona y de autonomía privada en el derecho natural. J. Hervada, *Cuatro lecciones de derecho natural*. *Parte especial (Lección tercera: los actos jurídicos de la autonomía privada)*, 87-118, Pamplona, 1989.

3. Constitución Pastoral «*Gaudium et Spes*», n. 25.

voluntad»[4]. Con esta referencia a la «libre voluntad» de la persona se hace un reconocimiento de eso que en la doctrina jurídica general se llama la «autonomía de la voluntad», como capacidad o poder para crear vínculos sociales y jurídicos de diverso tipo, en la medida en que forman parte de su esfera de libertad personal. Además, el texto conciliar citado constata que «en nuestro tiempo se multiplican cada vez más las relaciones mutuas y las interdependencias; de aquí surgen diversas asociaciones e instituciones tanto de Derecho público como de Derecho privado»[5]. Más adelante hablaremos de estas «asociaciones e instituciones de Derecho privado» como manifestación típica de la autonomía privada que analizamos y que han sido reconocidas también en el Código de Derecho Canónico.

El principio de autonomía se reconoce en aquellas sociedades y regímenes políticos que están basados en la dignidad y libertad de la persona. En cambio, este principio y sus manifestaciones difícilmente tienen cabida en los ordenamientos jurídicos que no tengan ese fundamento. Por eso, en cuanto principio general del Derecho, el principio de autonomía suele ser la base en la que se inspira el llamado «Derecho de la persona» y, en general, todo el Derecho privado[6].

4. Ibídem.
5. Ibídem.
6. Como es sabido, el concepto de persona y de personalidad ha sido elaborado a lo largo de una tradición secular en la que la influencia del espíritu cristiano ha tenido particular importancia. En la Edad Media, fue un lugar común de la llamada filosofía cristiana; por referir algunos hitos, habría que citar la famosa definición de Boecio, y la elaboración que del concepto de persona hace la mejor filosofía Escolástica, y, en concreto, Tomás de Aquino. En Santo Tomás el tratamiento es sobre todo ontológico, pero también se extraen de él consecuencias morales y jurídicas, con una sistematización de la materia que será la que vertebre posteriormente los tratados clásicos «De iustitia et iure» de lo que se considera el segundo apogeo de la Escolástica, la llamada Escuela española de Salamanca.

Santo Tomás distingue entre la persona y sus bienes. Estos bienes, que son consecuencia de la dignidad de la persona, son imprescindibles para alcanzar sus fines, y, en consecuencia, exigen un respeto por parte de todos, que se traduce en una serie de consecuencias morales y jurídicas.

Sobre estas huellas marcadas por Tomás de Aquino discurre más tarde el pensamiento jurídico de los mejores representantes de la Escuela de Salamanca. Particular interés revisten las formulaciones de Vitoria, de Soto y de Molina. Este último se ocupa de una manera especial del significado jurídico de los llamados bienes de la personalidad. El concepto de «bienes de la personalidad» se convierte en un concepto básico para la protección jurídica de la persona.

En su excelente trabajo sobre la evolución en el tratamiento jurídico de los bienes de la personalidad, el gran civilista Federico de Castro mostró su trasvase desde los tratados de teología moral a los tratados jurídicos, haciendo ver cómo esa raigambre moral no se ha perdido nunca, influyendo incluso en algunas de las denominaciones que el tratamiento jurídico de la materia ha adoptado. La doctrina civilística ha hablado, por ejemplo, de los «bienes de la personalidad moral», para referirse a la protección jurídica de una esfera de la persona que primariamente tiene un significado moral. Vid. F. De Castro, Los llamados derechos de la personalidad, en «Anuario de Derecho civil», 12, 1959, 1239-1248.

2. El principio de autonomía en el Derecho Canónico[7]

Respecto al Derecho Canónico, el principio de autonomía se reconoce en la medida en que se basa en el Derecho divino, natural y positivo. Podemos con-

En el ámbito del Derecho civil, los bienes de la personalidad son la base sobre la que se construyen las figuras jurídicas más aptas para protegerlos (derechos, facultades, poderes jurídicos de diversa índole, etc). A ese conjunto de situaciones jurídicas de las que la persona es titular, y que recaen sobre algunos de esos bienes de la personalidad, se le suele llamar «esfera jurídica privada de la persona». Sobre ese conjunto de situaciones jurídicas es sobre el que se ejercita también el poder jurídico de la autonomía privada.

El Derecho privado se entiende como aquella parte del sistema jurídico cuya finalidad es la protección de la persona, de su patrimonio personal y familiar. Dentro del Derecho privado, desempeña un papel básico el llamado «Derecho de la Persona», que es una de sus ramas. A su vez, el principio de autonomía suele ser considerado como el principio básico y fundamental de todo el Derecho privado.

Sobre las diversas cuestiones aquí mencionadas existe una abundante bibliografía. Me limito a citar algunas obras y autores especialmente significados:

Sobre el tema de la persona, en sus relaciones con la sociedad y el bien común, pueden verse, por ejemplo, estos autores y obras que se han hecho ya clásicos: M. Schmaus, *El hombre como persona y como ser colectivo,* Madrid, 1954; R. Guardini, *Welt und Person*, Wurzburgo, 1939; G. Gonella, *La persona nella filosofia del diritto*, (ristampa), Milano, 1954; J. Maritain, *La personne et le bien commun,* Paris, 1947. Sobre los derechos de la personalidad, puede verse, por ejemplo: F. De Castro, *Los derechos personalísimos*, en «Revista de Derecho Privado», 46, 1962, 270, ss.; J. Castan, *Los derechos de la personalidad*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 23, 1952, 5, ss.; RAVÁ, *I diritti sulla propria persona*, Torino, 1895; Ferrara Santamaria, *Il diritto alla illesa intimità privata*, en «Rivista Diritto Privato», I, 1937, 168, ss.; I. De Cupis, I *diritti della personalità,* Milano, 1959; Nerson, *La protección de la personalidad en el derecho privado francés,* (sep. De la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia»), Madrid, 1961; Decorq, *Essai d'une théorie générale des droits sur le personne*, Paris, 1960. Sobre el significado de la autonomía privada, pueden verse estos autores y obras ya clásicos: L. Ferri, *L'Autonomia privata,* Milano, 1959; S. Romano, *Autonomia privata*, Milano, 1957; A. Manigk, *Die Privatautonomie im Aufban der Rechsquellen*, Berlin, 1935; F. Von Hippel, *Des problem der rechstgeschäftlichen Privatautonomie*, Tübingen 1936; Flume, *Rechsgeschäft und Privatautonomie*, Karlsruhe, 1960, F. De Castro, *La autonomía de la voluntad en el proyecto de Ley uniforme sobre la venta internacional*, en «*Ius et Lex*», Basel, 1959; M. Villey, *Essor et décadence du voluntarisme juridique*, en «LeÇons d'histoire de la philosophie du droit», París, 1962; J. Hervada, *Cuatro lecciones de derecho natural. Parte especial* (Lección tercera: *Los actos jurídicos de la autonomía privada*, 87-118), Pamplona, 1989.

7. A diferencia de lo que ocurre en Derecho Civil, en Derecho Canónico existe muy poca bibliografía sobre la autonomía privada, con escasas excepciones. La cuestión fue tratada temáticamente en el IVº Congreso Internacional de derecho canónico, celebrado en Pamplona en 1976. Vid. R. Lesage, «L'autonomie privée dans le droit de L'Eglise», en «La norma en el derecho canónico», I, Pamplona, 1979, 1137-1150; R. Baccari, Puntualizzazioni sul'autonomia privata nell'associazionismo spontaneo o di base nel diritto canonico, Ibídem II, 1151-1157; E. Molano, Fundamento y función de la autonomía privada en el derecho canónico, Ibídem. I, 1159-1165.; en contra de la existencia de una autonomía privada en el derecho canónico se pronunciaron P. Fedele, Il problema dell'autonomia privata, en «La Norma en el derecho canónico», II, cit., 756-768; P. Bellini, L'autonomia privata nei rapporti tra ordinamento canonico e altri ordinamenti (Considerazioni introduttive generali), en Ibídem. II, 693-733.

En cambio es muy abundante la bibliografía sobre la distinción entre derecho público y derecho privado. Vid. por ejemplo, R. Bidagor, *Consideraciones histórico–jurídicas sobre la distinción del derecho público y derecho privado en derecho canónico,* en «Miscellanea Comillas», 34-35, 1960, 545-574; P. Fedele, Lo spirito del diritto canónico, Padovea, 1962, W. Bertrams, Das privatrech der Kirche, en «Quaestiones fundamentales iuris canonici», 1969, 83-115.

siderarlo como un principio general del Derecho que habrá de ser aplicado con equidad canónica (c.19, CIC)[8].

Pero, además, en el ámbito Canónico, la dignidad que se reconoce a cualquier persona en base a su naturaleza humana, se refuerza aún más cuando se trata de la condición de fiel; pues la Gracia no destruye a la naturaleza, sino que la eleva y perfecciona. La Iglesia, como Pueblo de Dios, «tiene por condición la dignidad y libertad de los hijos de Dios»[9]. La dignidad y libertad del fiel es un principio de Derecho divino en el que se basa la Constitución de la Iglesia. En virtud de este principio, los fieles son personas en la Iglesia, y sujetos de todos los deberes y derechos que son propios de los cristianos (c. 96, CIC).

Por otra parte, los fieles tienen una condición activa; por el bautismo han sido hechos partícipes de la función sacerdotal, profética y real de Cristo y, cada uno según su propia condición, han sido llamados a desempeñar la misión que Dios encomendó cumplir a la Iglesia en el mundo (c. 204 &1).

A estas condiciones se une también la condición de igualdad en cuanto a la dignidad y a la acción, en virtud de la cual todos los fieles, según su propia condición y oficio, cooperan a la edificación del Cuerpo de Cristo (c. 208).

Estas son las características propias de la condición de fiel, de la que derivan los consiguientes principios de Derecho divino y de Derecho Constitucional Canónico. De estos principios deriva, a su vez, el principio de autonomía como principio general del Derecho Canónico.

8. Según Otaduy, aunque «no resulta fácil diseñar el concepto de principios generales del derecho…es evidente, sin embargo, que el término conecta con las razones de justicia y coherencia básicas que fundamentan o impregnan todo sistema jurídico (y cada una de sus partes)».

Más adelante, el mismo autor añade: «Las tomas de postura para su identificación y configuración conceptual han sido y siguen siendo muy distintas. Para algunos, se trata de principios previos al sistema de derecho positivo canónico; de esta manera se ha dicho que los principios generales del Derecho canónico se resuelven por completo en los principios de Derecho natural, o del Derecho divino positivo, o del Derecho romano… Para otros, por el contrario, los principios generales son deducidos del propio Derecho positivo, se extraen de él, son posteriores (como resultado del proceso de conocimiento) e inmanentes (desde el punto de vista de su naturaleza) al sistema jurídico, sin que llegue a trascenderlo… Lo habitual será, sin embargo, que los autores canónicos abracen en su posición ambas posturas, otorgando carácter principal a los principios de Derecho natural y a los principios del sistema de Derecho positivo y dando particular relieve (en una situación intermedia que acoge ambas magnitudes) a las reglas jurídicas. J. Otaduy, Comentario exegético al Código de derecho canónico, I, Pamplona, 1996, 388.

De acuerdo con estos criterios, parece claro que el principio de autonomía privada es un principio general del derecho canónico que, con base en el derecho divino natural y positivo, se deduce también del propio derecho positivo canónico.

En este sentido, también le es aplicable lo que afirma el propio Otaduy cuando dice que «estos principios se encuentran ya frecuentemente reconocidos en las propias normas positivas, y en virtud de ello, deben ser aplicados no solo en la suplencia de la ley sino en la aplicación de la ley». (Ibídem. 391).

9. Constitución Dogmática Lumen Gentium, n. 9.

3. Las condiciones y los límites de ejercicio de la autonomía privada

El principio de autonomía, no solo reconoce a la persona como el sujeto principal de todo el orden jurídico, y no solo reconoce su libertad en el ámbito de su esfera personal; en sentido más estricto, por autonomía privada se entiende aquel poder que se reconoce a la persona para establecer las reglas y normas que han de regir en ese ámbito de su dominio personal o privado[10]. Este poder jurídico o poder de autonomía es, por tanto, un auténtico poder normativo al que el ordenamiento jurídico puede conceder plena eficacia jurídica, como la que pueden tener las normas jurídicas que proceden de otras fuentes o poderes jurídicos. En este sentido, la autonomía privada es la fuente de la que procede propiamente el llamado Derecho privado. Se trata de una verdadera fuente de reglas y normas jurídicas; aunque no pueda considerarse «fuente del Derecho», en sentido técnico, en el caso en que las fuentes del Derecho se reserven solamente a aquellas que son de Derecho público o que proceden de la potestad pública[11].

10. Para Federico de Castro, la autonomía privada en sentido amplio es «aquel poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social…».

Dentro de la autonomía privada en sentido amplio, se pueden distinguir dos partes: 1ª El poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas. 2ª El poder de esa voluntad referido al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos. Las que se han concretado en torno a las figuras más típicas. La primera, considerada también como autonomía privada en sentido estricto (autonomía de la voluntad), referida al ámbito del negocio jurídico. La segunda, concretada en la autonomía dominical o ámbito del ejercicio de los derechos subjetivos». F. De Castro, El negocio jurídico, Madrid, 1967, 12-13.

11. Cada sistema jurídico suele establecer el valor que le reconoce al orden jurídico creado por la autonomía privada. En los actuales sistemas de derecho se pueden reducir a dos tipos fundamentales: 1) La autonomía privada es valorada como fuente de normas jurídicas. 2) La autonomía privada es considerada como fuente de relaciones jurídicas. U. Betti, Teoría generale del negozio iuridico, Torino, 1955, 46.

Se trata, por tanto, de un problema de relación entre ordenamientos: entre el ordenamiento jurídico originario o soberano y el ordenamiento autónomo u orden jurídico concreto creado por el poder de autonomía. En todo caso, es siempre el respectivo ordenamiento jurídico soberano al que compete establecer los requisitos y condiciones para el reconocimiento de los efectos jurídicos de la autonomía (requisitos referentes a los sujetos del poder de autonomía, al objeto, a la causa, a la forma de los actos, etc). F. De Castro, El negocio jurídico, cit. 28-31.

En el ordenamiento canónico como en el civil, las fuentes del derecho tienen un significado técnico, que lleva consigo determinadas consecuencias jurídicas. Por una parte, en el Libro I del Código de derecho canónico se establece cuáles son las fuentes de producción del derecho: la ley, la costumbre, etc. Además, el canon 19 ha establecido cuáles son las fuentes que han de utilizarse para suplir las lagunas del ordenamiento canónico. Por otra parte, existe una fuente que tiene vigencia inmediata en el derecho canónico, el derecho divino, natural y positivo.

Por tanto, aunque el principio de autonomía no es fuente del derecho en sentido técnico, sí lo puede ser en cuanto que tiene fundamento en el derecho natural (como fuente inmediata) y en cuanto principio general del derecho (como fuente supletoria). Vid. E. Molano, La autonomía privada…, cit. 214-218.

El ejercicio del poder de la autonomía privada da origen, así, a un auténtico ordenamiento jurídico privado y se plantea entonces la cuestión de su eficacia y de su reconocimiento por el ordenamiento jurídico general. Este es, en verdad, el problema que plantea la autonomía privada ¿cuáles son las condiciones para que pueda reconocérsele efectos jurídicos a esos actos y negocios jurídicos que no solo crean, modifican y extinguen relaciones jurídicas, sino que las dotan también de un contenido normativo a través de las reglas jurídicas que sustentan esos ordenamientos jurídicos privados?

Para los ordenamientos jurídicos que, como el Derecho Canónico, se basan en el respeto a la dignidad y libertad de la persona, como más arriba decíamos, no debe plantear mayores dificultades, siempre que esa autonomía de la persona se ejercite en el ámbito que le es propio, es decir, el correspondiente al dominio y esfera privada personal. Ese ámbito, en el Derecho Canónico, es el propio de la condición de fiel, que es llamado por el Bautismo a desempeñar la misión que le corresponde en la Iglesia, con la dignidad y libertad propia de los hijos de Dios y en igualdad de condiciones con los demás fieles.

Refiriéndose en particular al apostolado de los laicos y siguiendo la doctrina del Concilio Vaticano II [12], el Código de Derecho Canónico afirma que «puesto que, en virtud del bautismo y de la confirmación, los laicos, como todos los demás fieles, están destinados por Dios al apostolado, tienen la obligación general, y gozan del Derecho, tanto personal como asociadamente, de trabajar para que el mensaje divino de salvación sea conocido y recibido por todos los hombres en todo el mundo» (c.225 &1). Para ello, el Concilio Vaticano II afirma también seguidamente que, «por tanto hay que abrirles el camino en todas partes para que también ellos, según sus posibilidades y las necesidades de los tiempos tomen parte activa en la misión salvadora de la Iglesia» [13].

Esa invitación para abrir a todos los fieles el camino de su participación en la vida de la Iglesia, la dirige también el Vaticano II a la Jerarquía en particular, cuando afirma que «corresponde a la Jerarquía fomentar el apostolado de los laicos, ofrecer los principios y subsidios espirituales, ordenar el ejercicio del apostolado al bien común de la Iglesia y velar para que se respete la doctrina y el orden» [14]. Por tanto, la función que corresponde a la Jerarquía es, por una parte, fomentar el apostolado de los laicos, y, por otra, «ordenar el ejercicio del apostolado al bien común de la Iglesia y velar para que se respeten la doctrina

12. Constitución dogmática «Lumen Gentium», n. 33
13. Ibídem.
14. Decreto «*Apostolicam actuositatem*», n. 24

y el orden». Aquí están señalados también los límites dentro de los cuales ha de circunscribirse la libertad de los fieles al ejercitar su participación activa en la vida de la Iglesia.

Tratando de responder a la pregunta que nos formulábamos más arriba, habría que decir ahora que son las normas del Derecho Canónico las que han de establecer las condiciones para regular el ejercicio válido y lícito de la autonomía de los fieles en la Iglesia; esas condiciones se resumen en su ordenación al bien común de la Iglesia. Para el ejercicio de la autonomía privada y sus límites vale, por tanto, lo que establece el CIC en relación con el ejercicio de los derechos de los fieles, tanto individualmente como unidos en asociaciones: «los fieles han de tener en cuenta el bien común de la Iglesia» (c. 223 & 1). Al mismo tiempo, a la hora de reconocer los efectos jurídicos de la autonomía privada, la autoridad eclesiástica no ha de tener otra mira que ese mismo bien común de la Iglesia (c. 223 & 2).

Respecto a esos límites de Derecho positivo que puede tener la autonomía privada, en Derecho Canónico es también de aplicación la regla general válida para aquellas sociedades y ordenamientos jurídicos en que se respeta la libertad. A estos efectos, afirma la Declaración Conciliar «*Dignitatis humanae*» que «se debe observar la regla de la entera libertad en la sociedad, según la cual debe reconocerse al hombre el máximo de libertad y no debe restringirse sino cuando es necesario y en la medida en que los sea»[15]. Es la regla del «*favor libertatis*». Esta regla se convierte también en criterio de interpretación del Derecho Canónico, de acuerdo con el c. 18 del CIC cuando establece que «las leyes que coartan el libre ejercicio de los derechos… se deben interpretar estrictamente»[16]. El libre ejercicio de los derechos es el ámbito propio de la autonomía privada de los fieles.

4. El ámbito de ejercicio de la autonomía privada

Volviendo de nuevo al poder jurídico de autonomía como fuente de relaciones jurídicas y de su contenido, decía Santi Romano que «en el significado más específico que corresponde a su etimología… (la autonomía) indica: sub-

15. Declaración «*Dignitatis humanae*», n. 7

16. Los antecedentes históricos de este canon se remontan a la «regula iuris» n. 15 del *Liber Sextus,* según la cual las leyes odiosas (que imponían alguna carga u obligación) se debían interpretar en sentido estricto, y las leyes favorables (que otorgaban algún beneficio o facultad) se debían interpretar en sentido amplio*: Odia restringi et favores convenit ampliari.* Vid., por ejemplo, Van Hove, *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae, Romae, 1930, 306-308.

jetivamente, la potestad de darse un ordenamiento jurídico y, objetivamente, el carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos o entes constituyen por sí mismos, en contraposición al carácter de los ordenamientos que les son constituidos por otros»[17].

Este poder para crear reglas de Derecho es lo que diferencia a la autonomía privada de otros poderes, derechos o facultades jurídicas. Aquellos actos mediante lo que se ejercita este poder normativo son los que propiamente se consideran actos de autonomía privada. En el Derecho civil hay dos actos jurídicos típicos de la autonomía privada: uno de carácter unilateral, el testamento; y otro de carácter bilateral, el contrato. La Teoría General del Derecho ha construido la doctrina sobre el negocio jurídico basándose sobre todo en estas dos figuras jurídicas[18]. En este sentido, el negocio jurídico se considera una expresión típica

17. Santi Romano, *Frammenti di un dizionario iuridico,* Milano, *1947,* 14.

18. A partir del Pandectismo, el negocio jurídico, como generalización de las manifestaciones principales de la autonomía privada (me refiero sobre todo a los contratos y testamentos) se convierte en la manifestación típica de ésta y en la figura jurídica que monopoliza casi completamente su tratamiento científico. De esta forma, algunos parecieron olvidar las diversas manifestaciones históricas del principio de autonomía (sobre esta cuestión puede verse el estudio de F. Calasso, *Il negozio iuridico*, Milano, 1957) y pensaron que se traba de un principio liberal surgido en la época del Liberalismo político. Desde Savgny, la doctrina alemana llegó incluso a dejar a un lado el principio de autonomía, al tratar del negocio jurídico, para evitar el peligro de que fuese visto como un poder de dictar normas jurídicas. El concepto de negocio se independizó así de la autonomía privada y se convirtió en el presupuesto de hecho para el nacimiento de relaciones jurídicas. (Cfr. F. De Castro, *El negocio jurídico*, cit. 31). El elemento esencial del negocio jurídico ya no será tanto la autonomía privada (entendida como la manifestación normativa objetivada del *privatus* o persona privada, prevista por el ordenamiento jurídico) como la voluntad de un sujeto (elevándose así el elemento volitivo y subjetivo del negocio a principio jurídico en el llamado «dogma de la voluntad». Vid., por ejemplo, Savigny, *Sistema del Derecho Romano actual,* 2º ed. castellana, sin fecha, tomo II, 141-145.) Se produce entonces un desplazamiento desde el elemento normativo de la autonomía al elemento volitivo del negocio jurídico.

Posteriormente, se produjeron también reacciones de signo contrario y se volvió a reclamar de nuevo la esencia normativa del negocio jurídico. Es el caso de Betti, que considera el contenido preceptivo del negocio jurídico como elemento esencial (Vid. U. Betti, *Teoria Generale*…, cit., 156-162) o el caso de F. De Castro, que piensa que la autonomía privada es la médula del negocio jurídico (Vid. F. de Castro, *El negocio jurídico,* cit., 31)

En la actualidad, la categoría del negocio jurídico es un lugar común de la Teoría General del Derecho, aunque en cada ordenamiento jurídico tiene manifestaciones peculiares que hacen necesario referir su estudio a un ordenamiento jurídico concreto. Entre la numerosa bibliografía consagrada al negocio jurídico, puede verse, por ejemplo, U. Alvarez Suärez, *El negocio jurídico en Derecho Romano*, Madrid, 1954; M. Albadalejo, *El negocio jurídico,* Barcelona, 1958; F. De Castro, *El negocio jurídico*, cit.; L. Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, Madrid, 1956; Passerin D'entreves, *Il negozio iuridico,* Torino, 1934; Scialoja, *Negocios jurídicos,* Sevilla, 1942; Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio iuridico,* Napoli, 1950; U. Betti, *Teoria generale*…, cit., Flume, *Rechts geschäft und Privat autonomie,* Karlsruhe, 1960.

En cuanto al derecho canónico, la bibliografía es más escasa, pero puede verse, por ejemplo, T. Blanco, *La noción canónica de contrato*, Pamplona, 1997; J. Fornés, *El acto jurídico–canónico (sugerencias para una teoría general),* en «Ius Canonicum», XXV,49, 1985, 57-89; J. Hervada, *Cuatro lecciones de*

de la autonomía privada, aunque para algunos no sea la única, puesto que pueden existir otros actos jurídicos que no sean propiamente negocios jurídicos y que pueden ser expresión de autonomía privada [19].

Por otra parte, el acto de autonomía será propiamente manifestación de «autonomía privada» cuando el sujeto que lo realice se mueva dentro del ámbito que corresponde a su dominio y esfera de libertad, es decir, dentro del ámbito y esfera privada de la persona. Fuera de ese ámbito, el ejercicio del poder o potestad de autonomía no será manifestación de autonomía privada, sino de una autonomía de Derecho público que es la propia de las personas jurídicas públicas en el ámbito de las competencias que le sean reconocidas por el ordenamiento jurídico [20]. También habría que añadir que los negocios jurídicos que se realicen en el ámbito del Derecho público y por personas jurídicas públicas no pueden considerarse manifestación de autonomía privada. Piénsese, por ejemplo, en los negocios jurídicos realizados por el párroco en representación de la parroquia (c. 532), la cual tiene personalidad jurídica pública «*ipso iure*» si ha sido legítimamente erigida (c. 515 & 3).

derecho natural…cit; 87-118; P. Lombardía, *Lecciones de derecho canónico*, Madrid, 1984, 125 y 169-170; E. Molano, *La autonomía privada*…cit., J. Otaduy, *Normas y actos jurídicos*, en AA. VV. *Manual de derecho canónico*, Pamplona, [2]1991, 339-343

19. La cuestión surge cuando se plantea la naturaleza de algunos actos jurídicos, como, por ejemplo, el acto constitutivo de una asociación, que es discutida por la doctrina. Para quienes consideran que se trata de un negocio jurídico, la discusión se centra en qué tipo de negocio se trata. Así, por ejemplo, Ferrara descarta que el negocio jurídico de constitución de una asociación tenga naturaleza contractual y piensa más bien que se trata de un acto colectivo, en contra de Gierke que ve en ese acto de constitución un acto unilateral social. Cfr. F. Ferrara, *Teoría de las personas jurídicas*, Madrid, 1929, 723-724. En el mismo sentido que Ferrara, Albadalejo habla de un acto conjunto, en el que se da una suma de voluntades paralelas con el mismo fin. Cfr. M. Albadalejo, *Derecho civil*, I, Barcelona, 1970, 791. En cuanto al derecho canónico, se habla de un contrato asociativo, que se considera un negocio jurídico. Cfr. L. Navarro, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, Milano, 1991, 45.

20. En el ámbito del Derecho del Estado, se entiende por autonomía pública, a veces llamada también «autonomía normativa», a la autonomía de la que gozan los entes dotados de personalidad jurídica pública, como suelen ser las Regiones, los Municipios, las Corporaciones Institucionales, las Comunidades Autónomas, etc. En estas denominaciones, unas veces se prima el carácter normativo de las disposiciones dictadas por estos entes (autonomía normativa) y otras veces se prima la naturaleza pública de los entes a quienes se reconoce ese poder normativo (autonomía pública). En ambos casos, el término autonomía tiene un significado relativo, es decir, se llama así por referencia al poder soberano del Estado, que es a quien se considera el sujeto originario de la potestad de crear normas jurídicas de naturaleza pública. Al lado de ese poder soberano se colocan, entonces, los poderes jurídicos autónomos, cuya potestad normativa es, de una forma u otra, controlada por el poder soberano.

Pero a esto habría que añadir que, desde el punto de vista del derecho natural, también la persona es sujeto originario de creación del derecho, precisamente a través de la autonomía privada.

Desde el punto de vista del derecho canónico, también la Iglesia Católica es sujeto originario de derecho *ordinatione divina* (canon 113,1) y por ello reivindica su autonomía e independencia respecto a la comunidad política (*Gaudium et spes*, n. 76).

En cambio, el ámbito de la autonomía es el que corresponde al dominio sobre los bienes, sean espirituales o materiales, que pertenecen a la esfera privada de la persona y no están sometidos a la potestad pública. Hay que distinguir, por tanto, entre el «bien privado» de las personas, sean físicas o jurídicas, y el «bien público». Esta distinción está presente de varias maneras en el actual Derecho Canónico. De manera explícita se utiliza, por ejemplo, para distinguir las personas jurídicas públicas y las personas jurídicas privadas[21]. De manera implícita se utiliza, por ejemplo, para distinguir, entre otros criterios, a las asociaciones públicas de fieles y a las asociaciones privadas de fieles (cc. 299 y 301)[22].

La cuestión tiene un particular interés a la hora de delimitar el objeto de la jurisdicción eclesiástica; de ahí que la distinción entre el «bien público» y el «bien privado» de los particulares esté recogida de modo muy explícito en el Derecho procesal Canónico; de este modo se distingue entre el ámbito propio de la jurisdicción eclesiástica y el ámbito propio de la autonomía privada de los fieles y de las personas jurídicas privadas. Según el Derecho Canónico es misión del juez «exhortar y ayudar a las partes para que procuren de común acuerdo buscar una solución equitativa de la controversia»; y «cuando el litigio versa sobre el bien particular de las partes», el juez considera si el litigio «puede concluirse útilmente por transacción o por juicio arbitral de acuerdo con los cc. 1713-1716» (c. 1446 del CIC). Posteriormente, al tratar de los modos de evitar los juicios, el c. 1715 establece que «no cabe hacer válidamente transacción o compromiso sobre lo que pertenece al bien público ni sobre otras cosas de las cuales no pueden disponer libremente las partes».

La ley procesal canónica distingue, pues, dos ámbitos de actuación en relación con la jurisdicción eclesiástica: el ámbito en que está en juego el «bien público», sometido a ese «Derecho necesario» que la doctrina jurídica llama «*ius cogens*»; y el ámbito del «bien privado de las partes», sometido a normas o reglas de «libre disposición» de los particulares. Este último es el ámbito propio de la autonomía privada, en el que rige el principio de autonomía.

21. Según el canon 116 & 1, «son personas jurídicas públicas las corporaciones y fundaciones constituidas por la autoridad eclesiástica competente para que, dentro de los límites que se les señalan, cumplan en nombre de la Iglesia, a tenor de las prescripciones del derecho, la misión que se les confía mirando al *bien público;* las demás personas jurídicas son privadas.

22. El canon 299 & 1 se refiere al derecho de los fieles a constituir asociaciones «mediante un acuerdo privado –*privata conventione*– entre ellos». El canon 301 contrapone las asociaciones públicas, que son erigidas por la autoridad eclesiástica, a aquellas otras que son de «iniciativa privada» –*privatorum incoepta*–.

5. El estatuto jurídico de los fieles y de los laicos como marco institucional de la autonomía privada. El Derecho civil y el Derecho de familia

El Código de Derecho Canónico ha abierto un amplio campo para el ejercicio de la autonomía privada al establecer un estatuto jurídico común para todos los fieles, regulando allí las obligaciones y derechos que a los fieles corresponden. Allí se establece el régimen jurídico por el que se rige la condición de fiel, su dignidad y libertad como persona e hijo de Dios, su condición activa y participación en la misión de la Iglesia, la igualdad que a todos los fieles corresponde en cuanto a su dignidad y acción común en la Iglesia, su llamada a la santidad y al apostolado, el deber de comunión que han de observar siempre en la Iglesia, también en su modo de obrar, etc. Los cc. 208 a 223 regulan el ámbito por el que puede discurrir el ejercicio de la libertad y autonomía de los fieles en la Iglesia y, por tanto, el ámbito de la esfera personal de los fieles en el que rige el principio de autonomía. Esos cánones se amplían desde el 224 al 231 en relación con los fieles laicos, que forman la gran mayoría del Pueblo de Dios. El estatuto de los fieles, junto al estatuto de los laicos, forma el gran marco jurídico en el que se encuadra el ámbito de la autonomía privada, regido por el principio de autonomía[23].

En este sentido, cobran un especial relieve aquellos cánones que reconocen el deber y Derecho de los fieles al apostolado –especialmente cc. 211 y 225– y los invitan a participar activamente en la misión de la Iglesia, reconociendo, a su vez, su Derecho a promover y sostener la acción apostólica con sus propias iniciativas (c. 216). Teniendo en cuenta que estas iniciativas apostólicas –«incoepta apostolica», a las que se refiere «Apostolicam actuositatem», 24– pueden ser

23. Hace años, cuando ese estatuto jurídico de los fieles y de los laicos no existía y era solo una cuestión de *iure condendo*, quise referirme a su conveniencia respecto a la cuestión que tratamos ahora: «el estatuto jurídico personal –decíamos entonces– que establezca en el ordenamiento canónico las distintas situaciones jurídicas de las que los fieles pueden ser titulares es un medio técnico muy conveniente para que la esfera jurídica personal alcance una concreta protección jurídica… Ese estatuto personal con su declaración de derechos y deberes, atendiendo tanto a la igualdad fundamental existente en la Iglesia como a la desigualdad funcional, es el mejor instrumento para determinar el ámbito y la extensión de la autonomía privada, y constituye el campo sobre el que puede desplegarse con garantías el poder de autonomía de los fieles. Solo si existen unos derechos subjetivos previamente declarados y tutelados, con una defensa administrativa o judicial conveniente, tendrá sentido plantearse el problema técnico de la formalización de la autonomía privada, como poder normativo del que disponen las personas para ordenar su propia esfera jurídica en el ámbito de libertad que le ofrece el ordenamiento». (E. Molano, *La autonomía privada…*, cit, 201). Tras la promulgación del actual Código de derecho canónico, ese deseo se ha convertido en realidad.

muy variadas[24], el reconocimiento de ese Derecho a promover y sostener esas empresas apostólicas se presenta como el cumplimiento del mandato conciliar al que antes nos referíamos: que a todos los fieles y a los laicos en particular «se les abra el camino por todas partes para que también ellos, según sus posibilidades y las necesidades de los tiempos, tomen parten activa en la misión salvadora de la Iglesia»[25]. En la misma línea, el c. 215 reconoce a todos los fieles al Derecho a fundar y dirigir libremente asociaciones, y también les reconoce el Derecho de reunión para procurar en común los fines que son propios de la Iglesia. A esto habría que añadir el Derecho que se reconoce a todos los fieles a practicar la propia forma de vida espiritual (canon 214)[26].

24. «A lo largo de los documentos conciliares que se refieren, de una forma u otra, a aspectos del apostolado de los fieles, se encuentran enumerados campos concretos donde ejercerlo. Así, por ejemplo, el Decreto *Inter mirifica* habla del apostolado en los medios de comunicación social, y la Declaración *Gravissimum educationis*, se refiere al apostolado en los diversos campos de la enseñanza y educación. Es, sin embargo, en el Decreto *Apostolicam actuositatem*, dedicado al apostolado de los laicos en general, donde se intenta hacer una sistematización de la naturaleza, características y formas de ese apostolado. En él se abre una panorámica muy extensa que da cabida a múltiples iniciativas apostólicas de los fieles. Esas iniciativas posibles quedan acotadas en los siguientes términos:

1) Fines que hay que lograr. Destaca el Decreto tres grandes fines:

a) Apostolado de la evangelización y santificación de los hombres. Se lleva a cabo principalmente por el ministerio de la Palabra y de los Sacramentos, encomendado de forma especial al clero, pero en el que también los laicos tienen que cooperar.

b) La información cristiana del orden temporal; corresponde, de un modo especial, a los laicos.

c) La acción caritativa y la asistencia social, en cuanto expresión y manifestación significativa de la misión de la Iglesia. La variedad de esta expresión apostólica no tiene límites. (Concilio Vaticano II, *Apostolicam actuositatem, nn.* 5-8).

2) Campos de apostolado. Ese apostolado se ejerce tanto en la Iglesia como en el mundo. En uno y otro orden se abren distintos campos a la actividad apostólica, entre los que el Concilio recuerda los siguientes: las comunidades de la Iglesia, la familia, la juventud, el ambiente social, los órdenes nacional e internacional. Se hace una alusión, finalmente, a las posibilidades apostólicas de la mujer en la Iglesia. (Concilio Vaticano II, *Apostolicam actuositatem, nn.9-12).*

3) Formas de apostolado. Los fieles pueden ejercer un apostolado como individuos –apostolados personales– o reunidos en comunidades o asociaciones –apostolado organizado–.

a) El apostolado individual es el principio y la condición de todo apostolado, incluso del asociado, y nada puede sustituirlo. (Concilio Vaticano II, *Apostolicam actuositatem, n. 16).* Esta forma de apostolado es particularmente necesaria en las regiones donde la Iglesia no tiene libertad y en aquellas en que los católicos son pocos y viven dispersos. (Concilio Vaticano II, *Apostolicam actuositatem, n. 17).*

b) El apostolado asociado puede adoptar tanta variedad como fines apostólicos tiene la Iglesia. El Concilio lo recomienda especialmente como medio de potenciar el apostolado individual. Un tipo concreto de este apostolado es la Acción Católica, que admite también, dentro de ella, una gran variedad de formas y denominaciones, conservando unas características comunes. (Concilio Vaticano II, *Apostolicam actuositatem*, nn. 19-21)». E. Molano, *La autonomía privada…*, cit., 43-45.

25. Constitución dogmática *Lumen Gentium*, n. 33

26. Sobre el derecho a la propia forma de vida espiritual, puede verse F.J. De Ayala, *O direito a uma espiritualidade propia*, en AA. VV., «*Liber Amicorum Monseigneur W. Onclin*», Gembloux, 1976, 99-119; J.A. Arrieta, *Formación y espiritualidad de los laicos*, en «Ius Canonicum, XXVII, 53, 1987, 79-97; P. Lombardía, *Relevancia de los carismas personales en el ordenamiento canónico*, en «Ius Cano-

La promoción y sostenimiento de iniciativas apostólicas necesita un cauce jurídico y unos determinados recursos jurídicos. Me acabo de referir al Derecho de asociación y, después, me referiré a diversas figuras jurídicas previstas como cauce para la autonomía privada, las que el CIC llama «*universitates personarum*» (corporaciones) y «*universitates rerum*» (fundaciones) (cc. 115-116).

Pero antes quisiera decir que ese cauce para la autonomía privada de los fieles puede recurrir también al Derecho civil, ya sea a través del Derecho asociativo o ya sea a través del Derecho civil de fundaciones. Esa libertad está reconocida en particular a los fieles laicos por el c. 227, cuyo fundamento es la autonomía del orden temporal. Desde el punto de vista civil, esa libertad se amparará entonces en el reconocimiento del principio de autonomía por parte del Derecho civil del Estado[27].

Otras veces, los fieles recurrirán a un doble estatuto jurídico para sus iniciativas apostólicas: el civil y el Canónico. Dependerá de los problemas jurídicos que puedan plantearse y que hayan de resolverse[28].

Por otra parte, los fieles laicos tienen también otro campo para el ejercicio de la autonomía privada: el referente al matrimonio y a la familia. Quienes viven en el estado matrimonial, «tienen el peculiar deber de trabajar en la edificación del pueblo de Dios a través del matrimonio y de la familia» (c. 226 & 1, del CIC). Aunque el matrimonio, como institución, se rige por normas de Derecho necesario –»*ius cogens*»–, dentro del ámbito matrimonial y familiar hay también un campo para la autonomía privada de los cónyuges. Es, por ejemplo, el campo perteneciente al consorcio de la vida conyugal que se rige por el principio de igualdad –c. 1135–, y el campo perteneciente a la patria potestad de los padres o tutores –c. 98 & 2–.

A todo esto podría añadirse todo ese ámbito de relaciones jurídicas que corresponden a la llamada «potestad dominativa», cuyo campo de acción no se da

nicum», 9, 1969, 101-119; E. Molano, *El derecho de los laicos a seguir la propia forma de vida espiritual*, en «Ius Canonicum», XXVI, 52, 1986, 515-530; A. Del Portillo, *Fieles y laicos en la Iglesia*, [3]1991, 114-117, 206-210; T. Rincón, *Libertad del seminarista para elegir el «moderador» de su vida espiritual*, en «Ius Canonicum», XXVIII, 56, 1998, 451-488.

27. Sobre la autonomía del orden temporal y el derecho de los laicos a la libertad en materias temporales, puede verse, por ejemplo, J. Hervada, *Elementos para una teoría fundamental de la relación Iglesia–mundo*, en *Vetera et nova*, Pamplona, [2]2005, 427-453; J. Martín De Agar, *El derecho de los laicos a la libertad en materia tempo*ral, en «Ius Canonicum», 26, 1986, 531-562.

28. Sobre esta cuestión pude verse A. De La Hera, *Las asociaciones eclesiásticas ante el derecho estatal*, en «Das Consociative Element in der Kirche», cit, 711-794; M. López Alarcón, *La personalidad jurídica civil de las asociaciones canónicas privadas*, en «Revista española de derecho canónico», 44, (1987), 393 ss.; T. Mauro, *La disciplina delle persone iuridiche. Le norme sui beni ecclesiastici e sul loro regime con riferimento al diritto estatale*, en «Monitor ecclesiasticus», 109, (1984), 379 ss.

solo dentro del matrimonio y de la familia sino que puede extenderse también a otras relaciones sociales[29].

6. El régimen jurídico propio de las personas jurídicas privadas: corporaciones y fundaciones

Como antes decía, las iniciativas apostólicas de los fieles pueden requerir unos determinados cauces jurídicos para su institucionalización. El actual Código de Derecho Canónico ha previsto ese cauce institucional cuando ha establecido las normas generales por las que se rigen las llamadas «*universitates personarum*» (corporaciones) y las llamadas «*universitates rerum*» (fundaciones); estas últimas se llaman también «fundaciones autónomas», y constan de unos bienes o cosas, que pueden ser espirituales o materiales (c. 115).

La novedad del Código actual es que, a diferencia del Código de 1917, ha previsto dos clases de personas jurídicas: a) las «personas jurídicas públicas» que son «constituidas por la autoridad eclesiástica competente para que, dentro de los límites que se les señalan, cumplan en nombre de la Iglesia… la misión que se les confía mirando al bien público»; b) las «personas jurídicas privadas», que son todas las demás (c. 116 & 1), es decir, aquellas que son constituidas por la autonomía privada de los fieles y no por la autoridad eclesiástica (vid. por ejemplo, c. 299 & 1, en relación con las asociaciones de fieles) y, además, actúan en nombre propio y no en nombre de la Iglesia[30].

29. La *potestas dominativa* es el poder jurídico del *dominus* sobre la esfera de bienes y de relaciones jurídicas que le pertenecen o le competen en cuanto tal. Esa competencia se puede referir tanto a personas –en el ámbito de la familia o de una comunidad– como a cosas –sobre el ámbito de bienes que forman parte del propio patrimonio–. La conexión que existe entre este ámbito de relaciones y la esfera privada de la persona es la que fundamenta también la relación entre la potestad dominativa y el poder que se ejercita en la autonomía privada.

En el derecho canónico, ha sido especialmente estudiada en relación con la vida de los Institutos religiosos. En esta sentido, Cabreros la define como «el poder de regir, en el fuero externo, a los miembros de una sociedad imperfecta eclesiástica, ya mediante su acción imperativa sobre las personas, ya con su acción directa sobre las cosas, que son el patrimonio espiritual o material de la misma sociedad». M. Cabreros De Anta, *La potestad dominativa y su ejercicio*, en «La potestad de la Iglesia», (VII Semana de Derecho Canónico), Barcelona, 1960, 82-83. Dada la naturaleza pública de los Institutos religiosos, la potestad dominativa que en ellos se ejercita difícilmente podrá ser manifestación de autonomía privada. T. Rincón–Pérez, *La vida consagrada en la Iglesia latina. Estatuto teológico–canónico*, Pamplona, 2001, 150-153.

30. En ambos casos se trata de perseguir el bien común de la Iglesia. Como afirma Prieto «tanto las personas jurídicas privadas como las públicas han de buscar el bien común de la Iglesia. No obstante lo hacen de modo distinto. Las públicas asumiendo los aspectos públicos, relacionados con el ministerio jerárquico, de ese bien común., y las privadas desarrollando la libre iniciativa en todo lo que hace parte de la común vocación a la santidad y al apostolado de quien no participa de

En congruencia con estas dos clases de personas jurídicas, el Código ha previsto también un doble régimen jurídico para ellas. Mientras que las personas jurídicas públicas se rigen por normas de Derecho público, las personas jurídicas privadas se rigen por normas de Derecho privado, cuya creación corresponde a la autonomía privada de los fieles. Con carácter general, este doble régimen jurídico está establecido en los cánones que corresponden al capítulo sobre «personas jurídicas» (cc. 113 a 123).

Pero de un modo más específico, el régimen de las personas jurídicas privadas se regula en otros lugares. Así, para conocer la lógica del Código en relación con la autonomía privada, tienen un gran interés los cánones correspondientes al capítulo donde se regulan las asociaciones privadas de fieles (cc. 321 a 326)[31].

En cambio, por lo que se refiere a las fundaciones –»*universitates rerum*»– de base patrimonial, no se encuentra en el Código una regulación más específica.

En relación con los bienes temporales de las personas jurídicas privadas, tampoco se encuentra en el Libro V –dedicado a los bienes temporales de la Iglesia– un régimen jurídico especial que los regule. La razón está en que este libro del CIC sólo pretende regular el régimen jurídico de los llamados «bienes Eclesiásticos», es decir, aquellos bienes temporales que pertenecen a las personas jurídicas públicas en la Iglesia (c. 1257 & 1). En cambio, respecto al régimen jurídico de las personas jurídicas privadas, solo se establece una norma general, por la que se remite a sus propios estatutos: «los bienes temporales de una persona jurídica privada se rigen por sus estatutos propios, y no por estos cánones, si no se indica expresamente otra cosa» (c. 1257 & 2). Por tanto, mediante esta norma general, lo que hace el Código es remitir al principio de autonomía y a la autonomía privada para esos bienes pertenecientes a las personas jurídicas privadas, sean corporaciones o fundaciones.

la misión propia de los legítimos pastores». V. Prieto, *Iniciativa privada y subjetividad jurídica,* Pamplona, 1999, p. 155. Sobre personas jurídicas públicas y privadas puede verse, además, P. A. Bonnet, *Privato e pubblico nell'identità delle associazioni dei fedeli disciplinate dal diritto ecclesiale,* en»Raccolta di scritti in memoria di Angelo Lener», Napoli, 1989, 287-309; R. Botta, *Persone iuridiche publiche e persone iuridiche private nel nuovo Codice di diritto canonico*, en «Il dirtto ecclesiastico», 96, 1985, 343-345; S. Bueno Salinas, *La noción de persona jurídica en el derecho canónico*, Barcelona, 1985, 227 ss.; F.Coccopalmerio, *De persona iuridica iuxta Schema Codicis novi,* en «Periodica», 70, (81), 369 ss.; G: Lo Castro, *Comentario al canon 116*, en Comentario Exegético al Código de derecho canónico, I, Pamplona, 1996, 790-795.; P. Lombardía, *Personas jurídicas públicas y privadas,* en «Escritos de Derecho canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado», IV, Pamplona, 1991, 611-628.; A.M. Punzi Nicolô, *Gli enti nell'ordinamento canonico*, Padova, 1982, 83 ss.; W. Schulz, *Le associazioni nel diritto canonico,* en «Il Diritto ecclesiastico», 99, (1988), 3-4, 356-360.

31. Sobre esta cuestión, con la correspondiente bibliografía, puede verse L. Navarro, *Diritto de associazione e asociazioni di fedeli*, Milano, 1991, 43-139.

En congruencia con esta lógica normativa, lo que el libro V dice sobre el régimen jurídico de las fundaciones de base patrimonial se refiere solamente a las personas jurídicas públicas. Así ocurre, por ejemplo, cuando el c. 1303 distingue entre las «fundaciones pías autónomas» y las «fundaciones pías no autónomas»: se refiere sólo a las fundaciones públicas, no a las privadas. El patrimonio de las personas jurídicas privadas, sean corporaciones o fundaciones, se rige por su autonomía privada, «si no se indica expresamente otra cosa» (c. 1257 & 2)[32].

En resumidas cuentas, como es lógico, el CIC se preocupa especialmente del régimen jurídico de las personas públicas, por ser aquellas que actúan en nombre de la Iglesia e «intuitu boni publici». El régimen jurídico de las personas privadas, se regula de un modo más genérico, estableciendo solo las condiciones generales y los límites para que pueda operar el principio de autonomía, y remitiendo para lo demás a la autonomía privada de esas personas jurídicas.

7. Los estatutos y reglamentos constituidos por la autonomía privada de los fieles

Para completar lo que llevamos dicho sobre las personas jurídicas y su conexión con la autonomía privada, quisiera referirme también al título V del libro I del CIC, en el que se regulan los estatutos y reglamentos. Ya me he referido antes a ese ordenamiento jurídico privado que puede constituirse mediante el ejerci-

32. Sobre el régimen jurídico de los bienes pertenecientes a las personas jurídicas privadas, los autores mantienen diversas opiniones. En algunos casos, parece no haberse asimilado todavía la lógica del principio de autonomía privada, ni la novedad que supone el Código actual –respecto al Código del 17– en relación con el diverso régimen jurídico de las personas jurídicas públicas y las privadas. Sobre todo, no se acaban de sacar todas las consecuencias jurídicas del principio de autonomía privada, Puede verse, por ejemplo, F. Aznar, *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, Salamanca, 1984.; J. M. González Del Valle, *Los bienes de las asociaciones canónicas privadas con personalidad jurídica,* en «Das Konsoziativ Element in der Kirche», St. Ottilien, 1989, 563-569.; M. López Alarcón, *Comentario al canon 1257*, en «Comentario Exegético al Código de derecho canónico», IV/I, Pamplona, 1996, 55-63; A. Martínez Blanco, *Calificación y régimen de los bienes de la persona jurídica privada en el ordenamiento canónico*, en «Das Konsoziative Element in der Kirche», cit., 571-581.; T. Mauro, *La disciplina delle persone iuridiche, Le norme su i beni ecclesiastici e sul loro regime con riferimento al ordinamento statale*, en «Monitor Ecclsiasticus», III (1984), 379-396, V. De Paolis, *Il Codice del Vaticano II. I beni temporali della Chies*a, Bologna, 1995.; V. Prieto, *Iniciativa privada y subjetividad jurídica*, Pamplona, 1998, 157-162. ; A. M. Punzi Nicolô, *Il regime patrimoniale delle associazioni tra ecclesiasticità e non ecclesiaticità dei beni,* en «Das Element Konsoziativ in der Kirche», cit., 583-584.; J. P. Schouppe. *Elementi di diritto patrimoniale canonico,* Milano, 1997; J.M. Vázquez García–Peñuela, *Comentario al canon 1303,* en «Comentario Exegético al Código de derecho canónico», IV/I, Pamplona, 1996, 193-203.

Algunos de estos autores mantiene entre sí opiniones encontradas. No todos ellos son plenamente conscientes del significado del principio de autonomía privada, ni de sus consecuencias canónicas.

cio del poder de autonomía. Esto se manifiesta muy claramente en relación con los estatutos. Según el c. 94 & 1, «en sentido propio los estatutos son las normas que se establecen a tenor del Derecho en las corporaciones o en las fundaciones, por las que se determinan su fin, constitución, régimen y forma de actuar».

Cuando se trata de los estatutos de las personas jurídicas privadas, la creación de las normas jurídicas estatutarias corresponde a la autonomía privada de los fieles. El ejercicio de este poder estatutario es una de las manifestaciones más típicas de la autonomía privada[33]. A través de esas reglas estatutarias, los fieles, mediante su libre iniciativa, intervienen en «la constitución, régimen jurídico y forma de actuación» de aquellas entidades que, si cumplen los requisitos, podrán adquirir la personalidad jurídica propia de una corporación o fundación; para ello será necesario la aprobación de esos estatutos por la autoridad eclesiástica competente (c. 322 & 2). Esas reglas estatutarias, fruto de la autonomía privada, (c. 323), se convierten así en el sustrato jurídico material —verdadero ordenamiento jurídico privado— al que, mediante la aprobación de los estatutos, se podrá conceder la personalidad jurídica correspondiente[34].

Otra manifestación de la autonomía privada puede ser la creación de los reglamentos –»ordines»– a los que se refiere el c. 95. Según este canon, «los reglamentos son reglas o normas que se han de observar en las reuniones de personas, tanto convocadas por la autoridad eclesiástica como libremente promovidas por

33. Cuando estaba vigente el Código anterior –y no existía el Título V del Libro I del Código actual dedicado a los «Estatutos y reglamentos, que lógicamente hay que poner en relación con lo que el CIC dice sobre las personas jurídicas públicas, pero también con lo que dice sobre las privadas– me preguntaba, refiriéndome a los estatutos constituidos por la autonomía privada, cuál sería la naturaleza jurídica de ese ordenamiento estatutario creado por el poder de autonomía de los particulares.

Escribía, entonces, lo siguiente: «El ordenamiento jurídico que resulta del ejercicio de la potestad estatutaria tiene el carácter normativo de un ordenamiento privado y sus disposiciones son reglas o preceptos jurídicos pero no normas legales». Cfr. *La autonomía privada…*, cit., 115. Más adelante afirmaba: «Está claro que se han constituido una serie de relaciones jurídicas, con un contenido normativo que puede ser muy amplio por la posible extensión de la esfera privada de libertad sobre la que recaen… Pero ante el problema de si se trata de una auténtica fuente jurídica, en el sentido técnico que tiene esta expresión, también se ha expresado ya una opinión negativa… De todos modos, se trata de un ordenamiento jurídico privado que pone de manifiesto la capacidad preceptiva y normativa del poder de autonomía. El ámbito de ese ordenamiento es toda la esfera privada de la persona en el campo eclesial». Ibídem. 253.

Todo eso se podría decir ahora con mayor razón, de acuerdo con el derecho del CIC actualmente vigente.

34. Sobre el tema de los Estatutos, desde el punto de vista de la autonomía privada, sigue siendo escasa la bibliografía. Alusiones indirectas se encuentran, por ejemplo, en Otaduy y Prados. Vid. J. Otaduy, *Las características jurídicas de los estatutos según el canon 94*, en «Das Konsociativ Element in der Kirch», St. Ottilien, 1989, 313-319.; L. Prados; *La intervención de la autoridad sobre la autonomía estatutaria*, en Ibídem., 469-477.

los fieles, así como también en otras celebraciones; en ellas se determina lo referente a su constitución, régimen y procedimiento». Este poder reglamentario que se concede a los fieles es consecuencia del reconocimiento de su Derecho de reunión (c. 215), al que más arriba nos referíamos. En congruencia con ese Derecho de reunión, el c. 95 se refiere a «las reuniones de personas… libremente promovidas por los fieles», y les reconoce, por tanto, ese poder reglamentario para establecer «las reglas o normas» que se han de observar en ellas. Se trata, por tanto, de reglas o normas que son fruto de la autonomía privada de los fieles.

8. Conclusión

Como hemos tratado de mostrar a lo largo de estas páginas, el CIC actualmente vigente ha acogido ya algunas de las consecuencias de la autonomía privada. Hemos hablado en ellas de la autonomía privada como de un principio general del Derecho, y de su recepción por el Derecho Canónico.

En este estudio he querido destacar la importancia de poner a la persona en el centro del Derecho, como principio, sujeto y fin de todas las instituciones sociales. En el ámbito del Derecho del Estado, esta consideración se basa en la dignidad y libertad de la persona, que tiene un dominio sobre sus propios actos, y sobre aquellos bienes materiales y espirituales que le corresponden como persona y que pertenecen a su «esfera privada personal». En el ámbito del Derecho Canónico, este fundamento de Derecho natural queda reforzado por la condición que es propia del Pueblo de Dios: la dignidad y libertad de los hijos de Dios.

Sobre esta base, la autonomía privada es aquel poder jurídico que se le reconoce a la persona, no solo para crear, modificar o extinguir aquellas relaciones jurídicas que pertenecen a su esfera personal de libertad, sino también para establecer las reglas y el régimen jurídico privado por el que han de regirse; es decir, se reconoce a la persona un poder jurídico para dotar de un contenido normativo a aquellas relaciones jurídicas de las que forma parte y que competen a su dominio personal.

En nuestro estudio hemos tratado también de analizar algunas de las manifestaciones de la autonomía privada en el Derecho Canónico y cómo ha sido su recepción en el CIC actualmente vigente. Cabría destacar, en particular, aquellos cánones que se refieren a algunos deberes y derechos de los fieles, como los referentes al Derecho de reunión y de asociación, al Derecho y deber de apostolado, unido a su vez al Derecho consiguiente de promover y sostener aquellas iniciativas apostólicas que son propias de todos los fieles.

El nuevo estatuto jurídico de los fieles ha hecho necesario que el legislador haya buscado también los cauces institucionales para que esas iniciativas puedan llevarse a cabo. Es así como ha surgido un nuevo tipo de personas jurídicas: las llamadas por el Código «personas jurídicas privadas». A través de ellas, los fieles pueden promover asociaciones y fundaciones autónomas con su libre iniciativa, cuyo régimen jurídico se rige por la autonomía privada de los fieles, y da lugar aun auténtico Derecho privado reconocido por el Derecho Canónico.

PARTE III

CONTITUCIÓN DE LA IGLESIA Y DERECHO DIVINO

1
CONSTITUCIÓN DE LA IGLESIA*

Sumario: 1. El misterio de la Iglesia. Sacramento, comunión y Derecho. 2. La «*communio ecclesiastica*. 2.1 «*Communio fidelium*». 2.2 «*Communio hierarchica*». 2.3 «*Communio eclesiarum*». 3. La Iglesia, pueblo de Dios, cuerpo de Cristo y templo del Espíritu Santo. 3.1 *Pueblo de Dios*. 3.2 *Cuerpo de Cristo y Templo del Espíritu Santo*. 4. La estructura fundamental de la Iglesia y el código de Derecho Canónico. 4.1 *Carácter central del libro II del Código como Derecho del Pueblo de Dios y de la comunión eclesiástica*. 4.2 *Los «tria munera» en la sistemática del Código*. 5. Recapitulación: la institución divina de la Iglesia y su estructura fundamental.

La Iglesia «está constituida y ordenada como una sociedad en este mundo». Así lo afirma el c. 204 & 2 del CIC, recogiendo literalmente un texto del Concilio Vaticano II. Este texto está situado, a su vez, en el n. 8 de la Constitución «*Lumen Gentium*», que comienza diciendo que la Constitución de la Iglesia es obra de Cristo: «Cristo, el único mediador, constituyó en este mundo su Iglesia santa». A continuación, en este mismo n. 8 del texto conciliar, se explica cómo la Iglesia está constituida por «una realidad compleja en la que están unidos el elemento divino y el humano». Seguidamente, el texto añade que «por eso, a causa de esta analogía nada despreciable, (la Iglesia) es semejante al misterio del Verbo Encarnado».

Por tanto, la Iglesia ha sido fundada por Cristo, que es quien le ha dado una Constitución, a la vez divina y humana. Por su Constitución la Iglesia es un Misterio que guarda analogía con el Misterio de Cristo, Verbo Encarnado. Finalmente, la Constitución de la Iglesia es la propia de una sociedad: «ut societas constituta et ordinata»; el orden social de la Iglesia exige también un orden jurídico; como sociedad, la Iglesia está ordenada jurídicamente. El Derecho Consti-

(*) Publicado en J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. II, Cizur Menor (Navarra), 2012, 668-675.

tucional forma parte y deriva de esa Constitución social y jurídica de la Iglesia; es el orden jurídico inherente a la Constitución de la Iglesia.

De todo ello hablaremos a continuación.

1. El misterio de la iglesia. sacramento, comunión y derecho

Según el texto citado anteriormente, el Misterio de Iglesia «se asemeja al Misterio del Verbo Encarnado». Esta relación entre el Misterio de Cristo y el Misterio de la Iglesia es tratada específicamente en el capítulo I de la Constitución conciliar «*Lumen Gentium*» titulado precisamente así: «El misterio de la Iglesia».

Para referirse al Misterio de Cristo y de la Iglesia, los textos conciliares utilizan también el término latino «*sacramentum*». «La Iglesia es en Cristo como un sacramento o signo e instrumento de la unión íntima con Dios y de la unidad de todo el género humano» (LG, 1).

Si la Iglesia es un Misterio, sólo puede ser conocida por la Revelación y por la Fe. Como en todo misterio que se revela, hay aspectos que permanecen incognoscibles y otros aspectos que pueden conocerse cada vez mejor. Se trata de ese doble elemento, divino y humano, antes citado, que forma parte de esa única «realidad compleja», que es la Iglesia. Ese doble elemento tiene también una dimensión interna y externa con diferentes manifestaciones. Así, la Iglesia es una «comunidad de fe, esperanza y caridad», y, a la vez, «un organismo visible»; es una «sociedad dotada de órganos jerárquicos» y, a la vez, «Cuerpo místico de Cristo»; es un «grupo visible» y una «comunidad espiritual»; «Iglesia de la tierra» e «Iglesia llena de bienes del cielo» (LG, 8).

Pero esos elementos «no son dos realidades distintas» sino «una realidad compleja». De ahí la analogía con el misterio del Verbo Encarnado. Pues «en efecto, así como la naturaleza humana asumida está al servicio del Verbo divino como órgano divino de salvación que le está indisolublemente unida, de manera semejante el organismo social de la Iglesia está al servicio del Espíritu de Cristo» (LG, 8).

Es importante subrayar que hay una subordinación entre estos dos elementos de la única realidad que es la Iglesia. Lógicamente, el elemento humano está al servicio del elemento divino. Así lo afirma con claridad otro texto conciliar, cuando afirma que la Iglesia es «a la vez humana y divina, visible y dotada de elementos invisibles, entregada a la acción y a la contemplación, presente en el mundo y, sin embargo, peregrina. De modo que en ella lo humano está ordenado y subordinado a lo divino, lo visible a lo invisible, la acción a la contemplación, y lo presente a la ciudad futura que buscamos» (SC, 2).

Esta subordinación del elemento humano respecto al elemento divino, que hace que «el organismo social de la Iglesia esté al servicio del Espíritu de Cristo», es lo que permite decir que «la Iglesia es en Cristo como un sacramento». De modo semejante a como la naturaleza humana está al servicio del Verbo Encarnado, así la Iglesia es «como un signo o instrumento» de la Gracia de Dios (del Espíritu Santo) para realizar «la unión íntima con Dios y la unidad de todo el género humano». Esta función instrumental, que crea la comunión de los hombres con Dios y de los hombres entre sí, permite hablar de la «Sacramentalidad de la Iglesia». La Iglesia es Sacramento de comunión, a semejanza de lo que ocurre también con cada uno de los siete sacramentos y, en particular, con el Sacramento de la Eucaristía.

Si nos preguntamos ahora cuál es el lugar del Derecho en el Misterio de la Iglesia, o cuál es su relación con la Sacramentalidad de la Iglesia, la respuesta ha de basarse, a su vez, en la naturaleza del Derecho. Si la socialidad y la exterioridad son características del Derecho, el orden jurídico solo puede formar parte del elemento humano, social y externo de la Iglesia. En este sentido, el Derecho Canónico es también un elemento de la sacramentalidad de la Iglesia y forma parte del «*instrumentum salutis*».

Por otra parte, si la Iglesia es comunión, podemos preguntarnos también cuál es la relación entre la comunión eclesiástica y el Derecho. La respuesta deriva también de la naturaleza de la comunión eclesiástica. En efecto, como dice la Nota Explicativa previa, nº 2, según la cual ha de explicarse y comprenderse la Constitución «*Lumen Gentium*», la noción de comunión –«*communio*»– «no significa un vago afecto sino una realidad orgánica que exige una forma jurídica y al mismo tiempo está animada por la caridad». El Derecho es, por tanto, una «exigencia» de la comunión eclesiástica, un elemento intrínseco de esa «realidad orgánica» que es la «*communio*».

2. La «communio ecclesiastica»

Siguiendo la estela ya trazada por las líneas anteriores, vamos a seguir tratando de la Constitución de la Iglesia teniendo muy presente la doctrina del Concilio Vaticano II. Este método viene exigido en la medida en que la doctrina conciliar se constituye en la clave hernenéutica de todo el Derecho Canónico y, en particular, de los Códigos latino y oriental. Refiriéndose al Código latino, la Constitución Apostólica «*Sacrae disciplinae leges*» afirma que «el Código es un instrumento que se ajusta perfectamente a la naturaleza de la Iglesia, sobre todo tal como la propone el magisterio del Vaticano II, visto en su conjunto, y

de modo especial su doctrina eclesiológica». De modo parecido se expresa la Constitución «*Sacri Canones*» respecto al Código oriental.

En ambas Constituciones Apostólicas se habla también de la «complementariedad» entre el Concilio Vaticano II y los Códigos de Derecho Canónico latino y oriental. Respecto a la Constitución de la Iglesia, de la que tratamos en esta voz, se puede decir que el Concilio Vaticano II es la fuente principal a nivel de Magisterio, mientras que los Códigos latino y oriental son su principal fuente jurídica.

Volviendo de nuevo a la noción de comunión, se ha dicho que la eclesiología de comunión es la idea central de los documentos del Concilio Vaticano II. Así lo afirmaba la «relatio finalis» del Sínodo de los Obispos convocado con motivo del XXV aniversario del Concilio Vaticano II. Nos vamos a referir ahora a algunas dimensiones de la comunión que tienen particular relevancia en orden a la Constitución jurídica de la Iglesia.

2.1. *«Communio fidelium»*

El Concilio considera en primer lugar a la Iglesia como una comunión de fieles, la comunión de aquellas personas que por la fe y el bautismo se han incorporado a la Iglesia. Se refiere también a las condiciones para que esa incorporación sea plena: «A esta sociedad de la Iglesia están incorporados plenamente quienes, poseyendo el Espíritu de Cristo, aceptan la totalidad de su organización y todos los medios de salvación establecidos en ella, y en su cuerpo visible están unidos con Cristo, el cual la rige mediante el Sumo Pontífice y los Obispos, por los vínculos de la profesión de fe, de los sacramentos, del gobierno y comunión eclesiástica» («*Lumen Gentium*», n. 14). Este texto ha sido recibido en el canon 205 del Código de Derecho Canónico. Aunque en el canon se matiza que se trata de la plena comunión con la Iglesia Católica «*his in terris*», y ha prescindido en consecuencia del inciso conciliar «*Spiritum Christi habentes*», la vinculación entre los dos textos –del Concilio y del Código– es evidente en este punto importantísimo de la «*communio ecclesiastica*».

La participación de los fieles en la triple función sacerdotal, profética y real de Cristo, la trata el Concilio explícitamente al hablar de los laicos: «es decir, los fieles que, en cuanto incorporados a Cristo por el bautismo, integrados al Pueblo de Dios y hechos partícipes a su modo, de la función sacerdotal, profética y real de Cristo, ejercen en la Iglesia y en el mundo la misión de todo el pueblo cristiano en la parte que a ellos corresponde» («*Lumen Gentium*» n. 31). Texto que ha servido al Código de Derecho Canónico para describir la condición de fiel, al comienzo del libro II, en el canon 204 & 1. La posición de este canon, al comienzo

del libro sobre el Pueblo de Dios, le da un carácter emblemático en relación con todo el Derecho codicial y, por tanto, en relación con todo el Derecho Canónico.

De modo semejante ocurre en el Código de cánones de las Iglesias Orientales, cuyo canon 7 & 1 –situado al comienzo del Título I de dicho Código– describe en los mismos términos de su homólogo latino la condición de fiel.

La condición de fiel, tal como la entiende el Concilio Vaticano II, asume un significado programático para todo el Derecho de la Iglesia. El estatuto jurídico de los fieles y de los laicos, novedad en ambos Códigos –de la Iglesia Latina y Oriental–, es una de sus consecuencias más destacadas.

2.2. *«Communio hierarchica»*

El Concilio se refiere también a la Iglesia como «comunión jerárquica». Como es sabido, se trata de una expresión acuñada por el propio Magisterio conciliar para referirse ante todo a la comunión que se requiere para formar parte como miembro del Colegio Episcopal: «Uno es constituido miembro del Cuerpo Episcopal en virtud de la consagración sacramental y por la comunión jerárquica con la cabeza y con los miembros del colegio». («*Lumen Gentium*», n. 22). La comunión jerárquica tiene, pues, un fundamento sacramental en el Sacramento del Orden, y es también condición para la incorporación al Colegio Episcopal. Por otra parte, las relaciones entre la Cabeza y los miembros del Colegio Episcopal se han de regir siempre por esta comunión jerárquica. La Nota Explicativa previa 2ª de la «*Lumen Gentium*» explica cómo debe entenderse el significado de esta expresión, tan importante también desde el punto de vista jurídico para entender las relaciones entre Primado y Episcopado en el seno del Colegio.

Tanto el Código Latino como el Código Oriental se hacen eco de esta realidad en los cánones que tratan del Romano Pontífice y del Colegio Episcopal. Por una parte, «el Romano Pontífice al ejercer su oficio de Pastor Supremo de la Iglesia se haya siempre unido por la comunión con los demás obispos e incluso con toda la Iglesia» (canon 333 & 2, del Código de Derecho Canónico, y canon 45 & 1 del Código de cánones de las Iglesias Orientales). Por otra parte, el Colegio Episcopal es también sujeto de la potestad suprema de la Iglesia «en unión con su cabeza y nunca sin esa cabeza» (canon 336 del Código Latino, y canon 49 del Código Oriental).

2.3. *«Communio Ecclesiarum»*

Finalmente, la doctrina conciliar se refiere a la «*communio ecclesiarum*» como otra dimensión de la comunión eclesiástica. Como es sabido, el Concilio no ha

abordado de modo directo el tema de la Iglesia particular, pero ha puesto las bases y ha dado impulso a una Eclesiología de la Iglesia particular. Precisamente al tratar de las relaciones entre los Obispos dentro del Colegio, la Constitución «*Lumen Gentium*» ha abordado también las relaciones entre la Iglesia Universal y las Iglesias particulares. Las Iglesias particulares son concebidas «a imagen de la Iglesia Universal, en las cuales y a base de las cuales se constituye la Iglesia Católica, una y única» («*Lumen Gentium*», n. 23). Por eso, afirma que los Obispos, «rigiendo bien la propia Iglesia como porción de la Iglesia Universal, contribuyen eficazmente al bien de todo el Cuerpo Místico, que es también el Cuerpo de las Iglesias» (Ibídem). La recepción de esta doctrina en el Derecho Canónico se ha llevado a cabo de diversos modos, pero ha tenido un influjo muy directo en cánones de gran importancia doctrinal y práctica, como pueden ser los cánones 368, 369 y 392 del Código para la Iglesia Latina y los cánones 177 y 201 del Código para las Iglesias Orientales.

3. La iglesia, pueblo de dios, cuerpo de cristo y templo del espíritu santo

Además de referirse a la Iglesia como Misterio, Sacramento y Comunión, la Eclesiología del Vaticano II ha utilizado de modo relevante la noción de Pueblo de Dios y, en conexión con ella, las de Cuerpo de Cristo y Templo del Espíritu Santo. También el Catecismo de la Iglesia Católica, desarrollando y continuando el Magisterio Conciliar, se ha hecho eco de esas tres imágenes de la Iglesia y trata de cada una de ellas, poniéndolas en conexión con el Misterio Trinitario y con cada una de las Personas de la Santísima Trinidad. La Iglesia se manifiesta así como imagen de la Trinidad; y la comunión eclesiástica, en cuanto comunión de los hombres con Dios y entre sí, como imagen también de la Comunión Trinitaria. La Iglesia es el Pueblo de Dios (Padre), constituido como Cuerpo de Cristo y Templo del Espíritu Santo.

También desde el punto de vista jurídico estas imágenes de la Iglesia tienen una gran relevancia.

3.1. *Pueblo de Dios*

La noción de Pueblo de Dios es la que ha servido para dar título al Capítulo II de la Constitución «*Lumen Gentium*», y para tratar de los elementos comunes que unen entre sí a los fieles, como miembros del Pueblo de Dios, antes de referirse a los diversos estados y condiciones que surgen como consecuencia del principio de variedad. La condición ministerial y jerárquica, la condición laical y la con-

dición religiosa, de las que tratan los capítulos sucesivos de «*Lumen Gentium*», se manifiestan así como modalidades diferentes de la condición común de fiel cristiano, que se convierte en el principal protagonista de la Iglesia como Pueblo de Dios. No sin cierto énfasis, el Concilio afirma que «la condición de este pueblo es la dignidad y libertad de los hijos de Dios, en cuyos corazones habita el Espíritu Santo como en un Templo» («*Lumen Gentium*», n. 9). El Concilio se refiere a la participación de todos los bautizados en el «sacerdocio común» de Jesucristo, un «sacerdocio regio», que les permite también dar «testimonio de Cristo» por todas partes (Ibídem, n. 10). La participación de todos los fieles en la función sacerdotal, profética y real de Cristo se constituye en la base de su condición activa en la vida de la Iglesia. De aquí deriva «una auténtica igualdad entre todos en cuanto a la dignidad y a la acción común a todos los fieles» (Ibídem, n. 32).

Por otra parte, el Concilio se ha referido también a la articulación orgánica existente entre el sacerdocio común de los fieles y el sacerdocio ministerial o jerárquico que, «aunque diferentes esencialmente y no solo en grado, se ordenan, sin embargo, el uno al otro, pues ambos participan a su manera del único sacerdocio de Cristo» (Ibídem, n. 10). Esta doble participación en el sacerdocio de Cristo, cada uno a su modo, se manifiesta también en toda la actividad apostólica de la Iglesia –Cuerpo de Cristo– concebida como una cooperación orgánica de todos sus miembros: «así como en el conjunto de un cuerpo vivo no hay miembros que se comporten de forma meramente pasiva, sino que todos participan en la actividad vital del cuerpo, de modo semejante en el Cuerpo Místico de Cristo, que es la Iglesia, todo el cuerpo crece según la operación propia de cada uno de sus miembros (Eph. 4, 16)» (Decreto «*Apostolicam actuositatem*», n. 2).

Como consecuencia de todo ello, el ministerio jerárquico, dotado de la «*sacra potestas*», es considerado como un servicio a los fieles: «Los ministros que poseen la sacra potestad están al servicio de sus hermanos, a fin de que todos cuantos pertenecen al Pueblo de Dios y gozan, por tanto, de la verdadera dignidad cristiana, tendiendo libre y ordenadamente a un mismo fin, alcancen la salvación». («*Lumen Gentium*», n. 18). Teniendo en cuenta que la «*sacra potestas*» se ejercita también en la función del gobierno Eclesiástico, todo el gobierno de la Iglesia en todos sus niveles posee esta intrínseca dimensión de servicio, que debe respetar la dignidad y libertad de los fieles, y que lleva consigo un ejercicio ordenado y conforme a Derecho de la «*potestas regiminis*».

La influencia de esta eclesiología del Pueblo de Dios ha sido muy amplia en todo el Derecho de Iglesia. Ante todo se ha reflejado en los dos Códigos, latino y oriental, pero también en otras muchas normas eclesiásticas. Ha tenido una particular incidencia en el libro II del Código de Derecho Canónico, cuyo título

manifiesta ya su intención de hacerse eco y de recibir la doctrina conciliar. Los principios de dignidad y libertad de los fieles, los principios de igualdad y de diversidad, los principios de participación activa y de cooperación orgánica en la misión de la Iglesia, informan de modo especial el contenido de la primera Parte de ese libro II; pero están también presentes en la segunda Parte, cuando se trata sobre la Constitución Jerárquica de la Iglesia, unidos también a la dimensión de servicio con que ha de ejercerse la potestad de gobierno. Todo lo referente al estatuto jurídico de los fieles y los laicos, y todo lo referente al ejercicio de la potestad de gobierno ha de interpretarse teniendo en cuenta esos principios de la Constitución de la Iglesia como Pueblo de Dios.

3.2. *Cuerpo de Cristo y Templo del Espíritu Santo*

La Iglesia es el Pueblo de Dios constituido como Cuerpo de Cristo y Templo del Espíritu Santo. El Concilio afirma que Cristo, «comunicando su Espíritu», la «constituyó como su Cuerpo Místico». El Espíritu Santo realiza en este cuerpo «la función que ejerce el principio de vida o alma en el cuerpo humano» («*Lumen Gentium*», n. 8). Por otra parte «el Espíritu Santo habita en la Iglesia y en el corazón de los fieles como en un templo». De esta manera «guía a la Iglesia a toda verdad, la unifica en comunión y ministerio, la provee y gobierna con diversos dones jerárquicos y carismáticos» (Ibídem, n. 4). Entre esos carismas hay algunos extraordinarios, como lo es por ejemplo, «la infalibilidad que el divino Redentor quiso que tuviese la Iglesia cuando define la doctrina de fe y costumbres»: infalibilidad de la que está dotado «el Romano Pontífice, Cabeza del Cuerpo de los Obispos cuando ejerce el supremo magisterio en unión con el Sucesor de Pedro» (Ibídem, n. 25).

Pero muchos otros carismas son ordinarios, «los más comunes y difundidos», los cuales «son adecuados y útiles a las necesidades de la Iglesia» (Ibídem, n. 12). Entre estos están los que se conceden a los laicos, a quienes «por propia vocación corresponde tratar de obtener el Reino de Dios gestionando los asuntos temporales y ordenándolos según Dios» (Ibídem, n. 31). Junto a los carismas concedidos a los fieles para vivir su vocación en las estructuras seculares, están «los consejos evangélicos de castidad consagrada a Dios, de pobreza y de obediencia… don divino que la Iglesia recibió de su Señor y que con su gracia conserva siempre». Estos consejos, regulados por la Autoridad de la Iglesia, bajo la guía de Espíritu Santo, en formas estables de vida, han dado lugar al nacimiento de «formas diversas de vida solitaria o comunitaria, y variedad de familias para el bien de todo el Cuerpo de Cristo» (Ibídem, n. 43).

Todas estas manifestaciones de la asistencia permanente del Espíritu Santo a la Iglesia, que la doctrina conciliar expone tan ampliamente, y que son la consecuencia de su función como alma del Cuerpo Místico de Cristo, pone de relieve la importancia de la acción del Espíritu para la vida social de la Iglesia y, por tanto, para el Derecho Canónico. La Eclesiología del Vaticano II ha puesto las bases para que en la noción de Pueblo de Dios se integren también estos aspectos Cristológicos y pneumatológicos. La Iglesia es, a la vez, el Pueblo de Dios (Padre), el Cuerpo de Cristo y el Templo del Espíritu Santo.

Por otra parte, no es fácil determinar en qué medida el Derecho Canónico se ha hecho eco de esta acción del Espíritu Santo en la Iglesia mediante los carismas. Para ello tendríamos que examinar, sobre todo, los cánones relativos al estatuto común de los fieles, así como los cánones relativos al estatuto de los laicos, y al estatuto de los religiosos y demás fieles de vida consagrada, en los correspondientes Códigos Latino y Oriental. Las referencias más explícitas a esa acción del Espíritu se encuentran en algunos cánones relativos a la vida religiosa y consagrada (vid., por ejemplo, cánones 573 & 1, 574 y 575 del Código Latino, y cánones 410 y 571 del Código Oriental). Pero no puede olvidarse que el fundamento de los deberes y derechos de los fieles y de los laicos recogidos en ambos Códigos, además de en el Sacramento del Bautismo y de la Confirmación, en su caso, (vid. por ejemplo, canon 225 & 1 del Código de Derecho Canónico), se encuentra también en los diversos carismas comunes y ordinarios que el Espíritu concede para utilidad de la Iglesia. De esta manera, los derechos de los fieles y de los laicos reconocidos en sus respectivos estatutos jurídicos se constituyen en el cauce ordinario para esa participación activa de los fieles en la vida de la Iglesia que el Espíritu Santo promueve y alienta. El papel del Derecho consiste precisamente en ordenar de un modo justo y razonable el ejercicio de los carismas «para no sofocar el Espíritu, sino probarlo todo y retener lo que es bueno (cf. I Thess, 5, 12 y 19-21)» («*Lumen Gentium*», n. 12).

4. La estructura fundamental de la Iglesia y el Código de Derecho Canónico

La última parte de este estudio quisiera dedicarla a analizar cómo se reflejan en la estructura del Código de Derecho Canónico algunas de esas novedades ya mencionadas de la Eclesiología conciliar, aunque este análisis se podría aplicar también, con las oportunas salvedades, al Código para las Iglesias orientales.

La Eclesiología del Pueblo de Dios y la Eclesiología de Comunión por las que se había decantado el Concilio Vaticano II debían reflejarse en una nueva es-

tructura y sistemática. En este sentido, la opción preferida por el legislador en el Código actual ha tratado de reflejar ese nuevo planteamiento eclesiológico. Sin renunciar del todo a la tradición jurídica en la que se basa el Código, especialmente en lo que se refiere al Derecho procesal y al Derecho penal, el legislador ha optado por una estructura en la que la noción conciliar de Pueblo de Dios asume un papel central en la vertebración del nuevo Código. Los «tria munera Ecclesiae», utilizados por la Eclesiología conciliar como instrumento para sistematizar las materias, le han servido también al legislador Canónico para distribuir las diferentes actividades de la Iglesia que el Derecho tiene que ordenar y regular. Al preferir esta opción, el legislador ha descartado otras posibles –que también contaban con partidarios–, como la que podía configurarse en torno a los Sacramentos como factores constituyentes de la estructura de la Iglesia. Pero no se puede decir que no haya sido fiel a la Eclesiología conciliar.

4.1. *Carácter central del libro II del Código como derecho del Pueblo de Dios y de la comunión eclesiástica*

El libro II del Código de Derecho Canónico –*De Populo Dei*– es como su tronco y columna vertebral, y los seis libros restantes son más bien como sus diversas ramas o extremidades. El libro II asume en el Código un carácter central semejante al que el Capítulo II de la Constitución «*Lumen Gentium*» asume respecto a posteriores capítulos de la misma, y en particular los que se refieren a la Constitución jerárquica de la Iglesia, a los laicos, y a la vida religiosa. También en el Código de Derecho Canónico, el libro II sobre el Pueblo de Dios es la base que sustenta el tratamiento de los demás materias. En este sentido, puede decirse que en el libro II es donde se encuentra el núcleo principal del Derecho Constitucional Canónico, así como de sus principales desarrollos organizativos, especialmente aquellos que tienen que ver con el estatuto jurídico común y específico de los fieles, y con la Organización Jerárquica de la Iglesia.

Las tres partes en que se divide el libro II corresponden básicamente a este esquema. La parte primera –los fieles cristianos– regula lo correspondiente al estatuto jurídico común de los fieles, y lo correspondiente al estatuto de los laicos y de los clérigos, es decir, aquella primera división entre los fieles que resulta de la institución divina (can. 207 & 1). La parte tercera se dedica al estatuto de la vida religiosa y consagrada, cuyo «estado, aunque no afecta a la estructura jerárquica de la Iglesia, pertenece, sin embargo, a la vida y santidad de la misma» (can. 207 & 2). Finalmente, la parte segunda está dedicada a la Constitución jerárquica de la Iglesia, distinguiendo en ella lo que se refiere a la Suprema Autoridad en la

Iglesia Universal, de lo que se refiere a las Iglesias Particulares y sus agrupaciones.

Junto a la Eclesiología del Pueblo de Dios, en las tres partes del libro II del Código está subyacente también la Eclesiología de Comunión del Vaticano II. Los principios que rigen la «communio fidelium» están presentes sobre todo en la primera y tercera parte del libro II. Los principios que rigen la «*communio hierarchica*» y la «*communio Ecclesiarum*» son los que informan principalmente las dos secciones en que se divide su segunda parte.

El libro II del Código refleja, pues, la estructura fundamental de la Iglesia como Pueblo de Dios y como Comunión. En él se contienen también los principales desarrollos organizativos de la «*communio fidelium*», de la «*communio hierarchica*», y de la «*communio ecclesiarum*». La Iglesia se manifiesta como una articulación orgánica entre el sacerdocio común de los fieles y el sacerdocio ministerial, en la primera y segunda parte; a la que hay que añadir también la dimensión carismática, especialmente desarrollada en la parte tercera. Este Derecho del Pueblo de Dios, contenido en el Libro II del Código, puede decirse que es el orden jurídico constitutivo de toda la Iglesia, al menos en sus líneas principales.

4.2. *Los «tria munera» en la sistemática del Código*

Los restantes libros del Código, aún conteniendo algunos de ellos aspectos muy importantes para el orden Canónico, hay que considerarlos más bien como meros desarrollos normativos de la estructura fundamental de la Iglesia situada en el Libro II. En sus libros se regula, sobre todo, lo que podríamos llamar el régimen jurídico de las funciones de la Iglesia («*tria munera*»).

Los libros tercero y cuarto, en efecto, regulan el régimen jurídico del «*munus docendi*» y del «*munus sanctificandi*». Los libros primero, quinto, sexto y séptimo contienen el régimen jurídico del «*munus regendi*», de la «*potestas regiminis*» eclesiástica y de sus diversas funciones.

Respecto a los libros III y IV habría que destacar la importancia que para la vida de la Iglesia tienen las materias que en ellos se regulan. En particular, respecto a los sacramentos, algunos cánones del libro IV contienen principios constitutivos para la estructura de la Iglesia. Rebasan, por tanto, la mera disciplina sacramental a la que se refieren la mayor parte de los cánones de ese libro. Si fuese otra la estructura y sistemática del Código, esos cánones –como también algunos de los referentes al «*munus docendi*» contenidos en el libro III– podrían haber ocupado otro lugar sistemático más acorde con su función constitutiva

en relación con todo el Derecho Canónico. Pero su actual lugar sistemático tampoco es óbice para que desempeñen tal función constitutiva, pues el lugar sistemático que ocupan determinadas normas o materias no puede condicionar o desvirtuar su naturaleza propia.

5. Recapitulación: la institución divina de la Iglesia y su estructura fundamental

En el canon 204 se encuentran reunidos los principales aspectos de la Constitución de la Iglesia a los que nos hemos referido. En este sentido, este canon, situado al comienzo del libro II del CIC, tiene un carácter emblemático; los demás cánones del CIC se pueden considerar como un desarrollo organizativo.

En su primer párrafo se habla de la condición de fiel; de su incorporación a Cristo y a la Iglesia por medio del bautismo; de su participación en las tres funciones –«*munera*»– sacerdotal, profética y real de Cristo; y de su llamada a desempeñar la misión que Dios encomendó a la Iglesia en este mundo. La Iglesia aparece aquí designada como Pueblo de Dios e, implícitamente, como Cuerpo de Cristo.

En el párrafo segundo, se habla de la Constitución de la Iglesia como sociedad, y como comunión jerárquica «gobernada por el sucesor de Pedro y por los Obispos en comunión con él».

Esta es la Iglesia de Cristo que «subsiste en la Iglesia Católica», como afirma el canon. Fundada por Cristo, está «constituida y ordenada como una sociedad». Tiene, por tanto, una Constitución social y una Constitución jurídica que deriva de sus elementos de institución divina. Para designar aquella estructura de la Iglesia que pertenece a su institución divina hemos hablado de «estructura fundamental»; mientras que aquellos otros desarrollos organizativos que pertenecen a lo que es de institución humana podríamos designarlos como «estructuras meramente eclesiásticas» (de modo análogo a como hace el canon 11, que habla de las «leyes meramente eclesiásticas»).

En este artículo sobre la Constitución de la Iglesia nos hemos referido sobre todo a esos elementos de su estructura fundamental, tratando de poner de relieve su dimensión jurídica. Esos principios jurídicos inherentes e intrínsecos a la Constitución de la Iglesia y que son una exigencia de su Constitución como sociedad es lo que llamamos «Derecho divino»» y «Derecho Constitucional».

Bibliografía

W. Aymans – K. Mörsdorf, *Kanonisches Recht*, I, Paderborn, 1991, 1-38; W. Bertrams, «*De constitutione Ecclesiae simul charismatica et institutionali*», en *Questiones fundamentales iuris canonici*, Roma, 1969, 260-299; J. Hervada, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, Pamplona [2]2001; P. Lombardía, «*Costituzione della Chiesa*», Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. X, Roma, 1988; G. Philips, *La Iglesia y su misterio*, Barcelona, 1968; E. Molano, *La Eclesiología del Concilio Vaticano II y* el *Derecho Canónico*, Seminarium, 1-2, 2003, 71-102; Idem, *El derecho constitucional y la estructura de la Iglesia*, Ius Canonicum, 95 (2008) 91-116; Idem, *Derecho Constitucional Canónico*, Pamplona, 2013; K. Mörsdorf, *Wort und Sakrament als Bavelemente der Kirchenverfassung*, Archiv für Katholisches Kirchenrechts, 134 (1965), 72 ss; J. Ratzinger, *La Iglesia*, Madrid, 1992; P. Rodríguez (dir.), *Eclesiología 30 años después de Lumen Gentium. Pueblo de Dios, Cuerpo de Cristo, Templo del Espíritu Santo, Sacramento*, Madrid, 1994; R. Sobanski, «*De constitutione Ecclesiae et natura iuris in misterio divino intelligendis*», en «Monitor Ecclesiasticus», 100, 1975, 269-294; A. Stickler, «*El misterio de la Iglesia en el Derecho Canónico*», en *El misterio de la Iglesia*, Barcelona 1966, 175-195.

2

DIMENSIONES JURÍDICAS DE LOS SACRAMENTOS*

Sumario: 1. Los sacramentos, en cuanto instituidos por Cristo. 2. Los sacramentos, en cuanto causa de efectos jurídicos. 3. Los sacramentos, en cuanto objeto de regulación por la Iglesia.

En estas líneas se proponen unas breves consideraciones en torno a la cuestión de las relaciones entre Sacramentos y Derecho en el ámbito de la Iglesia. Se trata indudablemente de una cuestión que afecta a los fundamentos del Derecho Canónico, en cuanto que la Iglesia está constituida y estructurada por los Sacramentos. Este tema ha estado siempre presente entre los cultivadores de la ciencia canónica, aunque en ocasiones haya estado solamente implícito y en otras haya salido con más fuerza a la luz. Recientemente, a partir de las tesis de Shom expuestas a finales del siglo pasado, comenzó a resurgir el tema entre algunos canonistas localizados especialmente en la zona de influencia germánica[1], y ha recibido un nuevo impulso como consecuencia de la doctrina del

(*) Publicado en AA.VV., «*Estudios de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico*» (en homenaje al profesor Maldonado), Madrid, 1983, 439-449. Publicado también en AA.VV., «*Sacramentalidad de la Iglesia y Sacramentos*», Pamplona, 1983, 513-523.

1. Como es bien sabido, para Sohm el Derecho canónico del «Nuevo Catolicismo» dejó de ser un Derecho Sacramental para convertirse en un Derecho que copiaba el modelo de la sociedad temporal (convertida la Iglesia misma en el otro tipo de «*societas perfecta*»), dejando así de tener una naturaleza eclesial.

El Decreto de Graciano habría sido el último monumento al Derecho de Sacramentos, y Graciano mismo el último teólogo canonista, que hizo ya de puente a la situación que vino después. Las tesis de Sohm, basadas en un concepto positivista del Derecho y en una concepción luterana de la Iglesia, encontraron eco en otros juristas protestantes, como Klein Brunner, y también juicios críticos entre autores también protestantes, que han sometido a revisión el antijuridismo sohmniano, tales como el teólogo Karl Barth o los juristas Erick Wolf y Hans Dombois. Para una evolución de las ideas del Protestantismo sobre la Iglesia y su Derecho, puede verse A. Rouco Varela, *Teología protestante contemporánea del derecho eclesial*, en «Revista española de Derecho Canónico», 26, (1970), 117-143. –Las teorías de Sohm dieron lugar también a una reacción por parte de canonistas católicos,

Concilio Vaticano II sobre el misterio de la Iglesia, concebida como Sacramento de la unidad con Dios y de la unidad del género humano[2]. No se trata ahora de entrar a fondo en la cuestión, y ni siquiera de examinar las doctrinas expuestas más recientemente sobre la misma. Sólo se pretende destacar algunos puntos, con el ánimo de arrojar alguna luz sobre una materia tan compleja y difícil de sistematizar. Por tanto, voy a limitar mis consideraciones en torno a tres aspectos, que ponen de manifiesto la relación entre Sacramentos y Derecho, y en qué sentido los Sacramentos son realidades jurídicas: 1) Los Sacramentos, en cuanto instituidos por Cristo. 2) Los sacramentos, en cuanto causa de efectos jurídicos. 3) Los Sacramentos, en cuanto objeto de regulación por la Iglesia.

1. Los Sacramentos, en cuanto instituidos por Cristo

En primer lugar, los Sacramentos son una realidad jurídica porque son medios instituidos por Cristo para fundar su Iglesia. Los Sacramentos son elementos constitutivos de la Iglesia, que presuponen la Voluntad y la Intención de Cristo de fundar una comunidad y una sociedad que continuase su obra redentora. Presupuesta esa Voluntad Fundacional de la Iglesia, los Sacramentos son los medios escogidos por el Salvador para realizar esa institución o institucionalización de la salvación. Tocamos aquí el nervio de la cuestión, que afecta a la causa y razón de ser de la Iglesia y, por tanto, de los medios que han de utilizarse para llevar a cabo su finalidad. Si el fin de la Iglesia es la salvación de la humanidad, los Sacramentos son el medio instituido para que esa salvación se realice y se perpetúe a lo largo de los siglos.

especialmente situados en el área de influencia germánica. Por otra parte, la doctrina en torno a la Iglesia como Sacramento, que precedió y siguió a la Encíclica *Mystici Corporis* de Pío XII, ha favorecido también un replanteamiento de las bases del Derecho canónico que tenga en cuenta sus raíces sacramentales. Entre la abundante bibliografía sobre la cuestión, se encuentran los siguientes autores y estudios: W. Bertrams, *Die Eigennatur des Kirchenrechts,* en «*Gregorianum*», 27 (1946), 527-566; *De quaestione circa originem potestatis iurisdictionis episcoporum in Concilio Tridentino non resoluta,* en «Periodica», 52 (1963), 458-476; *De constitutione Ecclesiae simul charismatica et institutionali,* en *Quaestiones fundamentales iuris canonici,* Roma, 1969, 260-298; Hervada–Lombardía, *El Derecho del Pueblo de Dios,* 1, Pamplona, 1970, 29-57; D. Llamazares, *Sacramentalidad y juridicidad,* en *Lex Ecclesiae,* Salamanca, 1972, 235-266; *Derecho Canónico fundamental,* León, 1980; K. Morsdorf, *Zur Grundlegung des Rechts der kirche,* en *«Münchener Theologische Zeitschrift»,* 3 (1952), 329-348; *Lehrbuch des Kirchenrechts,* 1, München, 1964, 13 SS.; *Wort und Sakrament als Bavelemente der Kirchenverfassung,* en «Archiv für Katholisches Kirchenrechts» 34 (1965), 72 ss.; Rouco Varela–Corecco, *Sacramento e diritto: antinomia nella chiesa?,* Milano, 1971; P. Smulders, *Sacramenta et Ecclesia. Ius Canonicum, Cultus, Pneuma.* en «Periodica», 48 (1959), 3-53; M. Useros, *«Statuta Ecclesiae» y «Sacramenta Ecclesiae» en la Eclesiología de Santo Tomás de Aquino,* Roma, 1962; A. Vitale, *Sacramenti e diritto,* Freiburg–Roma, 1967.

2. *Lumen Gentium,* n. 1.

En este contexto ha de situarse siempre al Derecho de la Iglesia, para no perder de vista su razón de ser, ni su originalidad o genuinidad con respecto a otros ordenamientos jurídicos. La Iglesia es concebida en el seno de la Trinidad como institución de Salvación. Cristo es enviado del seno del Padre como Salvador del mundo y su misión se inicia por medio de la Encarnación. Para continuar su obra salvadora, Cristo tiene la intención de fundar la Iglesia como institución de salvación. Los medios elegidos para ello son los Sacramentos, instituidos por Cristo para continuar su obra salvífica y perpetuarla hasta el fin de los tiempos. Cristo, Iglesia y Sacramentos son realidades mistéricas que se encuentran en la base y en la raíz de todo el Derecho de la Iglesia. En este contexto, el Derecho aparece como un orden al servicio de esa finalidad última de la salvación *(«salus animarum suprema lex»),* y por tanto, en este sentido, como un medio o instrumento de salvación, sin perder por ello ninguna de sus características típicas como orden jurídico, pero adquiriendo la especificidad o peculiaridad correspondiente a su naturaleza eclesial.

La salvación se realiza por la Gracia, pero la Gracia es dada por Dios a través de medios visibles y externos. Esa donación divina se escalona en diversos grados: la Encarnación misma es un acontecimiento de Gracia, y Cristo mismo es la fuente y el origen de donde emanarán todas las gracias (la Gracia Capital de Cristo, de la que habla la Teología). La Humanidad de Cristo unida a su Divinidad es instrumento («*instrumentum coniunctum*») de Gracia y por ello Sacramento original, anterior a todos los demás sacramentos. La Iglesia es también ella misma Sacramento[3], si bien de carácter dependiente de Cristo, cuya instrumentalidad salvadora continúa. Cada uno de los Sacramentos particulares participan a su modo de esa instrumentalidad de la Humanidad de Cristo, y cada uno de ellos es también instrumento (si bien «*instrumentum separatum*») de Gracia, por el que se hacen presentes los dones divinos. Cristo, Sacramento Fontal, la Iglesia, Sacramento derivado y secundario, los Siete Sacramentos instituidos por Cristo: he aquí los instrumentos y signos visibles y externos de la Gracia de Dios para la salvación de la Humanidad[4]. De esta sacramentalidad participa también el Derecho de la Iglesia en la medida en que sirve al orden externo de la salvación.

¿Qué son, más en concreto, los Sacramentos instituidos por Cristo para hacer operativa y perpetuar su obra salvadora? No es el momento de tratar ahora lo

3. Ibídem.
4. Sobre las ideas aquí esbozadas y, en especial, sobre las relaciones entre Cristo, Iglesia y Sacramentos, puede verse: J. Alfaro, *Cristo, Sacramento de Dios Padre. La Iglesia, Sacramento de Cristo glorificado,* en «Gregorianum», 48 (1967), 5-27; O. Semmelroth, *La Iglesia como sacramento original,* San Sebastián, 1963.

que corresponde a un Tratado de Teología Sacramentaria[5]. Basta recordar lo esencial de la doctrina católica. Los Sacramentos son causas y signos eficaces de la Gracia. Su institución, al menos en cuanto a la sustancia, se debe a Cristo, aunque los Apóstoles completasen posteriormente esa Voluntad institucionalizadora y promulgasen algunos sacramentos. Se componen de materia y forma de cuya unión resulta el Signo Sacramental (*«accedit verbum ad elementum et fit sacramentum»*)[6]. Se requiere también un ministro que los confeccione y administre, y un sujeto que los reciba.

Interesa destacar aquí que los Sacramentos son institución de Cristo[7]. E interesa hacerlo para subrayar que, en este sentido, son ya una realidad jurídica, en la medida en que la Voluntad institucional de Cristo se convierte en Ley de los Sacramentos y, por tanto, en Ley de la Iglesia. Los Sacramentos son, por tanto, un efecto jurídico de esa Voluntad Fundacional, que es la Norma constitutiva de la sustancia sacramental, Norma de carácter irrevocable y destinada a perpetuarse, como es irrevocable y perpetua la voluntad salvadora de Cristo. Con ello se quiere decir que la Ley de los Sacramentos dada por Cristo, al instituirlos, es Ley que los constituye en cuanto a la sustancia y ha sido dada con carácter perpetuo hasta el fin de los tiempos. Tiene carácter imperativo y obligatorio para la Iglesia, pues mediante ella se constituyen los Sacramentos y, por tanto, los medios necesarios para la salvación. Ella misma es constitutiva de la Iglesia, por la misma razón y en la misma medida en que es constitutiva de los Sacramentos. Exige ser aceptada y obedecida para formar parte de la Iglesia. Es *conditio sine qua non* de la identidad sacramental de la Iglesia y, por tanto, de su estructura y actividad externa y de su organización.

Cuando se afirma que la Iglesia es una *institución de salvación,* si este concepto quiere captarse en sentido jurídico, hay que referirlo a lo que se acaba de decir sobre la institución de los Sacramentos por Cristo. Toda institución requiere una norma ordenadora y organizadora. En el caso de la Iglesia, esta norma de organización es la Voluntad de Cristo, cuando establece, en cuanto a su sustancia, los elementos constitutivos de cada uno de los Sacramentos. Si por Voluntad de Cristo los Sacramentos son un signo externo compuesto de una realidad material (el «elementum» de San Agustín, o la «materia» de la Escolástica y de Tren-

5. Puede verse, por ejemplo, J. A. De Aldama, *Theoria generalis sacramenlorum,* en *Sacrae Theologiae Summa,* IV, Madrid, 1951; J. De Bacciochi, *La vida sacramentaria de la Iglesia,* Salamanca, 1961; M. Nicolau, *Teología del signo sacramental,* Madrid, 1969; A. Piolanti, *I Sacramenti,* Florencia, 1956; M. Schmaus, *Teología Dogmática VI, Los Sacramentos.* Madrid, 1961.

6. San Agustín, *In Iohannis Evangelium Tractatum*, 80, 3.

7. Vid., por ejemplo, M. Schmaus, *Teología Dogmática, VI, Los Sacramentos,* cit., 79-85.

to) y de unas palabras pronunciadas sobre ella (el «verbum» agustiniano y la «forma» de la Teología posterior), que manifiestan externamente su significado para la salvación, tal signo instituido por Cristo se convierte también en norma o ley de la Iglesia, y está dotado, por tanto, de una significación también jurídica, que es principio normativo y criterio hermenéutico para todo el Derecho de la Iglesia. Cuando Cristo instituye los Sacramentos está constituyendo a la Iglesia como una realidad de gracia (puesto que la Gracia es efecto de los Sacramentos), pero está constituyendo también una realidad jurídica, por ser la Voluntad institucional de Cristo norma jurídica constitutiva de los Sacramentos y, en consecuencia, constitutiva de la Iglesia en su visibilidad externa.

2. Los Sacramentos, en cuanto causa de efectos jurídicos

Los Sacramentos son el resultado y efecto de la Voluntad Fundacional de Cristo que los instituye, y en este sentido son ya una realidad jurídica, pero a la vez ellos mismos son causa de efectos jurídicos, en la medida en que constituyen a la Iglesia como una sociedad que se estructura y organiza precisamente en torno a los Sacramentos. La Iglesia tiene su origen fontal en la Voluntad Fundacional de Cristo, pero de un modo más inmediato tiene su origen en los Sacramentos, que son los medios instituidos por Cristo para constituir la Iglesia. Esto es predicable de cada uno de ellos, y de modo principal esta función se atribuye a la Eucaristía, el Sacramento que hace a la Iglesia *(«Eucharistia facit Ecclesiam»)*[8].

La Iglesia es una comunidad reunida en torno a los Sacramentos, y como todos los Sacramentos convergen en la Eucaristía, centro y raíz de la vida de la Iglesia[9], la Iglesia es primordialmente *«communio eucharistica»*[10]. El Cuerpo Eucarístico de Cristo reúne en torno a sí a su Cuerpo Místico, y esta *«communio eucharistica»,* siendo comunidad de Gracia que une interiormente a los fieles con Cristo como Cabeza del Cuerpo y a cada uno de sus miembros entre sí, es también la sociedad visible, unida por vínculos externos, que derivan y son consecuencia de la comunión interior de Gracia. El aspecto interior de la *communio* y el aspecto exterior de la *societas* están estrechamente entrelazados, como dos

8. «Es la Iglesia la que hace la Eucaristía, pero es también la Eucaristía la que hace la Iglesia». Cfr. H. De Lubac, *Meditación sobre la Iglesia,* Bilbao, 1958, 130.

9. «Todos los otros sacramentos están ordenados a la Eucaristía como a su fin». Cfr. Santo Tomás, *Summa Theologiae,* III, q. 65, a. 3. La Eucaristía es «fuente y cima de toda vida cristiana», *Lumen Gentium,* n. 11.

10. «El nombre de comunión es más propio de la Eucaristía, la cual produce esta comunión». Cfr. *Catecismo Romano,* 1, 10, 24.

aspectos de una misma realidad que pueden distinguirse pero no separarse: es el Cuerpo Místico de Cristo, que aparece externamente como un pueblo, el Pueblo de Dios[11]. La ley de los Sacramentos produce, a la vez, estas dos dimensiones de la misma realidad: la comunidad de Gracia, que es el efecto interior producido por los Sacramentos, y la sociedad visible, que es su efecto externo, tal como viene exigido para la existencia misma de los signos sacramentales, signos externos y visibles que han de ser puestos por un ministro y recibidos por un sujeto en el seno de la Iglesia.

La Iglesia ha sido constituida para siempre por medio de la institución de los Sacramentos, pero cada vez que se administra y recibe uno de los Sacramentos se realiza y se pone en acto (*«ad actum deducitur »*) la misma Iglesia[12]. Por tanto, se realiza la Iglesia como «comunidad sacerdotal» y como sociedad orgánicamente estructurada[13]. De este modo, los Sacramentos son elementos constitutivos de la Iglesia de dos maneras: en el momento de su Fundación, como medios de la institución de salvación, y en cada uno de los momentos en que se administran, para que se actualicen los frutos de la salvación. En ambos sentidos también, los Sacramentos son causantes de efectos jurídicos: en el primer modo, constituyendo a la Iglesia para siempre como una institución y sociedad destinada a ser Sacramento Universal de Salvación para todo el género humano, en la que los Sacramentos son elementos estructurantes y organizadores de la comunidad y, por tanto, Norma Fundamental de su Constitución; y en un segundo sentido, en cuanto que, al ponerse cada uno de los signos sacramentales, se está actualizando en concreto la realidad social de la Iglesia, y los Sacramentos están actuando como hechos y actos jurídicos que producen vínculos externos, que a su vez exigen una ordenación jurídica. El Derecho, o lo que es lo mismo, la ordenación social de los frutos de la salvación, viene exigido así por la misma naturaleza de los sacramentos, en cuanto causantes de tales frutos. Los Sacramentos son también por ello *actos jurídicos,* productores de *consecuencias jurídicas* y de *vínculos jurídicos.*

Otra consecuencia, que se deduce de esta eficacia jurídica de los Sacramentos, es que los Sacramentos son *principio normativo* de la Constitución de la Iglesia en la medida en que son una Institución; y *momento normativo* de la actividad de la Iglesia en la medida en que, al hacerse presentes continuamente en la vida de la Iglesia, constituyen las relaciones jurídicas básicas sobre las que la Iglesia

11. Cfr. *Lumen Gentium,* n. 8.
12. Cfr. *Lumen Gentium,* n. 11.
13. Ibídem.

se estructura y organiza. Adviértase que estas calificaciones son predicables de todos y cada uno de los Sacramentos, aunque cada uno de ellos desempeñe una función distinta como elementos estructurantes de la comunidad eclesial. En algunos casos, esta función jurídicamente estructurante puede aparecer clara, como es el caso del Bautismo –sacramento causante de la incorporación a la Iglesia–, de la Eucaristía –Sacramento causante de la unidad de la Iglesia–, del orden —cuya función principal consiste precisamente en confeccionar los demás Sacramentos y administrarlos, ejerciendo para ello la jurisdicción que por su misma naturaleza va aneja a tal cometido–, o del Matrimonio —cuyo efecto es un vínculo jurídico de carácter indisoluble–. Pero también en otros casos, donde pudiera aparecer menos evidente, esa eficacia jurídica se da. Así, por ejemplo, en el caso de la Unción de los Enfermos, pues aunque le faltasen consecuencias jurídicas peculiares como Sacramento con una naturaleza específica[14], producirá al menos los efectos jurídicos comunes a la administración de cualquier sacramento, que siempre pone en relación a un sujeto que lo administra y a otro que lo recibe, con la consiguiente relación de exigencia y débito que acompaña al Derecho de los fieles a los bienes espirituales de la Iglesia (canon 213).

3. Los Sacramentos, en cuanto objeto de regulación por la Iglesia

Los Sacramentos han sido instituidos por Cristo, por cuya Norma Fundacional han sido esencialmente regulados. Los Sacramentos son, a su vez, norma constitutiva de la Iglesia y de su actividad, cuyos principios organizativos tienen estructura sacramental. Finalmente, los Sacramentos son también ellos mismos objeto de la regulación de la Iglesia, en cuanto que su institución por Cristo se refiere sólo a su sustancia, y ha dejado a la autoridad de la Iglesia la regulación concreta de cada uno de los signos sacramentales y de sus consecuencias jurídicas, teniendo en cuenta la evolución de los tiempos y el cambio de las circunstancias. Esta idea se fue abriendo paso en la Teología católica y fue afirmada autoritativamente por el Concilio de Trento[15]. «*Salva eorum substantia*»,

14. Esta es la opinión de Delgado, para quien «su trascendencia jurídica es nula». Cfr. G. Delgado, *Sacramentos (Derecho Canónico),* en «Gran Enciclopedia Rialp», tomo XX, Madrid, 1974, 638.

15. E. Denzinger, *El Magisterio de la Iglesia,* n. 93l. «Declara además el Santo Concilio que perpetuamente tuvo la Iglesia poder para estatuir o mudar en la administración de los Sacramentos, salva la sustancia de ellos, aquello que según la variedad de las circunstancias, tiempos y lugares, juzgara que convenía más a la utilidad de los que los reciben o a la veneración de los mismos sacramentos. Y eso es lo que no oscuramente parece haber insinuado el Apóstol cuando dijo: Así nos considere el hombre, como ministros de Cristo y dispensadores de los misterios de Dios (1 Cor 4,1); y que él mismo hizo uso de esa potestad, bastantemente consta. ora en otros muchos casos, ora en

la Iglesia tiene poder para determinar más concretamente la Institución de los Sacramentos hecha por Cristo, estableciendo los requisitos necesarios para su lícita administración, e incluso para su validez, a la hora de confeccionarlos y administrarlos. Esta es la tercera razón por la que los Sacramentos están vinculados al Derecho.

En este sentido es también el Derecho Canónico un Derecho Sacramental, es decir, un Derecho cuyo principal objeto de regulación son los sacramentos y las consecuencias por ellos producidas. Este es también uno de los cometidos primordiales del gobierno Eclesiástico y tarea específica de la Jerarquía de la Iglesia. Cuando el Concilio de Trento resolvió la cuestión de la Institución de los Sacramentos por Cristo, dejó también muy claro que a la Jerarquía de la Iglesia compete su ulterior determinación, condicionando incluso la validez para su administración, como se puso de manifiesto, por ejemplo, al establecer los requisitos de forma necesarios para la validez del matrimonio, terminando así con los abusos a que deban lugar los llamados «matrimonios clandestinos».

Se ha dicho que el Derecho Canónico es un Derecho de raíces sacramentales, pero de estructura jurídica[16]. Con ello se quería poner de relieve, además del fundamento sacramental del ordenamiento Canónico, su indudable carácter jurídico. Reconociendo la verdad de esta afirmación, cabría añadir además que toda la normativa canónica gira en cierto modo en torno a los Sacramentos, bien sea porque ellos mismos son la materia objeto de regulación, bien sea porque producen vínculos externos que deben recibir así mismo una ordenación jurídica. Esta es precisamente una de las funciones que dan su razón de ser a la institución del Sacramento del Orden.

Sin desconocer la distinción tradicional entre potestad de orden y potestad de jurisdicción, y admitiendo también para su atribución distintos cauces, como pueden ser, para la primera, el Sacramento, y para la segunda, la misión canónica (sin que sea ahora el momento de entrar en mayores matizaciones, como sería la de distinguir entre la potestad de jurisdicción radical y la potestad expedita para su ejercicio), no cabe dudar de la esencial vinculación entre ambas potestades y, por tanto, de su común radicación sacramental y, más en concreto, de su estrecha dependencia del Sacramento del Orden. Esta vinculación estaba ya patente en la mejor Escolástica, precisamente en el momento histórico en que se distinguen conceptualmente con nitidez ambas potestades; y permite decir

este mismo sacramento, cuando, ordenados algunos puntos acerca de su uso: lo demás –dice– lo dispondré cuando viniere (1 Cor 11,34)».

16. Cfr. A. De La Hera, *Introducción a la Ciencia del Derecho Canónico*, Madrid, 1967, 210.

a Santo Tomás de Aquino que el Sacramento del Orden tiene dos finalidades: una finalidad principal, que es la confección del Cuerpo Eucarístico de Cristo, y una finalidad secundaria, consistente en cuidar de su Cuerpo Místico, en torno a la Eucaristía[17]. Esto significa que la jurisdicción, cualquiera que sea la vía por la que se atribuye, tiene sentido y razón de ser en la medida en que sirva a esa finalidad de ordenación del Pueblo de Dios en torno a la Eucaristía, bien común esencial de la Iglesia[18]. Así se interpretaba la llamada potestad de las llaves, la *«potestas ligandi et absolvendi»,* cuyo ejercicio requiere la jurisdicción para el fuero interno[19], y a la que está también esencialmente vinculada la jurisdicción sobre el fuero externo y toda jurisdicción que se ejerza sobre la Iglesia[20].

Digámoslo una vez más: los Sacramentos son objeto primario de la regulación de la Iglesia. Las normas positivas dictadas por la Autoridad Eclesiástica están dirigidas, entre otras cosas, a regular la materia sacramental. Así como la Ley de Cristo es principalmente una Ley de Sacramentos, aunque no lo sea exclusivamente (es también Ley de virtudes y Ley de organización de la Iglesia), así también la ley eclesiástica humana (el Derecho positivo Canónico) es primordialmente, aunque tampoco lo sea exclusivamente (pues es también ley que regula las consecuencias jurídicas derivadas de la práctica de las virtudes

17. «*Potestas ordinis sacerdotalis ad duo ordinatur. Et primo et principaliter ad Corpus Christi verum consecrandum … Secundario ordinatur ad Corpus Christi Mysticum per claves Ecclesiae, quae sibi committuntur; et huius potestatis executionem non accipit, nisi cura ei commitatur vel nisi auctoritate alterius habentis curam hoc agat*». *Contra impugnantes Dei cultum et religionem*, c. 4. La misma idea la expresa de otro modo al referirse a las funciones del orden sacerdotal, concebidas todas ellas como una preparación para la Eucaristía y orientadas, por tanto, al Sacramento del Altar: «*Actus sacerdotis sicut ligare et solvere respiciunt Corpus Mysticum, similiter etiam docere et baptizare… sed consecratio est actus dignior el ordinatur ad Corpus Christi verum, nec respicit Corpus Christi Mysticum nisi ex consecuenti». In IV Sententiarum,* D. 13, q. 1, a. 2.

18. *«Bonum commune spirituale totius Ecclesiae continetur substantialiter in ipso Eucharistiae Sacramento». Summa Theologiae,* 111, q. 65, a. 3, ad 1. Si la Eucaristía es el «bien común sustancial» de la Iglesia es evidente que dará sentido y orientación a todo el orden jurídico eclesiástico. Por lo demás, para Santo Tomás, el propio «orden eclesiástico» es considerado también «bien común»: *(«bonum commune Ecclesiae quod est ordo eclesiasticus»). Summa Theologiae,* 1-11, q. 111, a. 5, ad 11. Lo cual prueba la estrecha relación existente entre ambos tipos de bien común, la Eucaristía y el orden eclesiástico, relación que cabe calificar de subordinación, en cuanto que el «*ordo ecclesiasticus*» está en función de la Eucaristía, y, por tanto, subordinado a ella.

19. *Summa Theologiae*, *Sup*. q. 17, a. 2, ad 2. «*Omnis potestas spiritualis datur cum aliqua consecratione. Et ideo clavis cum ordine datur. Sed exeeutio clavis indiget materia debita, quae est plebs subdita per iurisdictionem. Et ideo, antequam iurisdietionem habeat, habet claves, se non habet actum clavium*».

20. La distinción existente entre fuero interno y fuero externo, que tiene una cierta relación con la que existe entre orden moral y orden jurídico, ha de intentar establecerse con la mayor nitidez posible, pues de ella depende la autonomía –que no significa independencia– que el orden jurídico tiene respecto al moral. Pero distinción no significa separación, pues es evidente que, especialmente en el seno de la Iglesia, ha de darse una cierta unidad y subordinación, cuyo criterio es la finalidad última *(«salus animarum suprema lex»)* a la que deben servir ambos órdenes.

cristianas, y reguladora así mismo de las determinaciones concretas de la organización establecida por Cristo), norma que regula la materia sacramental, para que *«salva eorum substantia»,* los Sacramentos actualicen a lo largo de los siglos los frutos de la Redención traída por Cristo. En este punto, como en todo lo que se refiere a la Constitución de la Iglesia, la competencia de la Autoridad Eclesiástica encuentra un límite, que es la Voluntad institucional de Cristo, lo que Cristo determinó sustancialmente para cada uno de los Sacramentos.

4

LA MUJER Y EL SUJETO DEL ORDEN SACERDOTAL*

(Un comentario a la Carta Apostólica *Ordinatio sacerdotalis*)

Sumario: 1. Introducción. 2. Rescripto de Pablo VI al arzobispo de Canterbury y primado de la comunión anglicana. 3. La declaración *inter insigniores*: el sacerdocio en el misterio de Cristo y de la Iglesia: 3.1 *El sacerdocio en el misterio de Cristo*. 3.2 *El sacerdocio en el misterio de la Iglesia*. 4. Voluntad de Cristo y tradición ininterrumpida. 5. La misión de la mujer en la Iglesia y la relación entre sacerdocio común y sacerdocio ministerial. 6. Una cuestión que atañe a la constitución divina de la Iglesia. 7. La declaración formal del Papa. El magisterio pontificio intérprete auténtico de la tradición y del magisterio anterior. 8. Una doctrina definitiva, objeto de la enseñanza infalible de la Iglesia. 9. Asentimiento firme e irrevocable, con su correspondiente sanción canónica. 10. La respuesta de la congregación de la doctrina de la fe al dubium sobre la ordinatio sacerdotalis. 11. La nota doctrinal ilustrativa de la fórmula conclusiva de la *professio fidei*.

1. Introducción

La cuestión que va a ser objeto de mi intervención en este Curso de Actualización de Derecho Canónico dedicado a la disciplina sacramental ha sido una cuestión indiscutida durante veinte siglos de tradición, pero ha sido puesta en discusión en la 2ª mitad del siglo XX, como consecuencia de la cuestión feminista, y también de la consiguiente «ordenación» de mujeres –ya sea como pastoras, ya sea como sacerdotes u obispos– en las Iglesias luteranas y en la Comunión Anglicana.

La Carta *Ordinatio sacerdotalis* de 22 de mayo de 1994 es un acto del Magisterio sobre esta materia, con la finalidad de «alejar cualquier tipo de duda sobre una cuestión de gran importancia que atañe a la misma Constitución divina de la Iglesia». La respuesta de la Congregación de la Doctrina de la Fe, de 28 de octubre de 1995, a un *dubium* sobre esta Carta trata de aclarar que la doctrina propuesta en la *Ordinatio sacerdotalis* pertenece al depósito de la fe y exige un

(*) Publicado en Ius Canonicum XLIV, 88 (2004) 707-733.

asentimiento definitivo, por haber sido propuesta infaliblemente por el Magisterio Ordinario y Universal.

El objeto de mi intervención es comentar el contenido de *Ordinatio sacerdotalis* y, en particular, el punto último (n. 4) de esta Carta Apostólica, en el que el Papa Juan Pablo II hace una declaración formal sobre el carácter definitivo de la sentencia, según la cual «la Iglesia no tiene en modo alguno la facultad de conferir la ordenación sacerdotal a las mujeres».

2. Rescripto de Pablo vi al Arzobispo de Canterbury y Primado de la Comunión Anglicana

La Carta Apostólica está dividida en 4 puntos. Los 3 primeros son como una introducción donde se ponen las bases para extraer la consecuencia que se saca en el último de ellos. En esos 3 puntos se hace como un resumen de las más recientes intervenciones del Magisterio de la Iglesia sobre la cuestión desde Pablo VI en adelante, y se indican las circunstancias y motivos que las hicieron necesarias.

En primer lugar, el Papa recuerda que esta tradición ininterrumpida de la Iglesia católica «se ha mantenido también fielmente en las Iglesias Orientales» no católicas. El hecho es muy significativo. Se trata de una cuestión que afecta al Sacramento del Orden y a la Sucesión Apostólica. Precisamente, las Iglesias que conservan esa Sucesión Apostólica del Sacramento del Orden son las que mantienen esa tradición ininterrumpida. En cambio, las Iglesias o comunidades eclesiales que, a partir de la Reforma, se separaron y no mantienen el Sacramento del Orden, o no conservan la Sucesión Apostólica, son las que se han apartado también recientemente de esa tradición ininterrumpida de la Iglesia Católica y de las Iglesias orientales. Hay, por tanto, motivos ecuménicos muy importantes para no separarse de esta tradición. Quienes se han apartado de ella, han añadido dificultades graves al Ecumenismo.

La Carta Apostólica recuerda también que el Papa Pablo VI se vio obligado a intervenir para «eliminar un nuevo obstáculo en el camino hacia la unidad de los cristianos», precisamente cuando en la Comunión Anglicana surgió la cuestión de la ordenación de mujeres. En un rescripto, en respuesta a la Carta del Arzobispo de Canterbury, Dr. F.D. Coogan, sobre el ministerio sacerdotal de las mujeres, de 30 de noviembre de 1970, Pablo VI afirma que la Iglesia «sostiene que no es admisible ordenar mujeres para el sacerdocio, por razones verdaderamente fundamentales». Luego veremos cuáles son esas razones: «el ejemplo de Cristo que escogió a sus Apóstoles solo entre varones; la práctica viviente

de la Iglesia, que ha imitado a Cristo, escogiendo solo varones; y su viviente Magisterio, que coherentemente ha establecido que la exclusión de mujeres del Sacerdocio está en armonía con el plan de Dios para su Iglesia». Desde esta intervención pontificia, los documentos del Magisterio suelen repetir lo mismo: las razones de la Iglesia para no ordenar mujeres se basan en la Sagrada Escritura, en la Tradición y en el Magisterio.

Sin embargo, este rescripto de Pablo VI no zanjó las discusiones que existían entre teólogos y en algunos ambientes católicos. Por eso, el Papa Pablo VI tuvo que encargar a la Congregación de la Doctrina de la Fe que redactara un documento exponiendo la doctrina de la Iglesia sobre el tema. Fue el origen de la Declaración de la C.D.F. *Inter insigniores* sobre la cuestión de la admisión de las mujeres al sacerdocio ministerial, de 15 de octubre de 1976, fechada en un día bien significativo, cuando la Iglesia celebra a Santa Teresa de Jesús, Fundadora y Doctora de la Iglesia.

3. La Declaración *Inter Insigniores:* El Sacerdocio en el Misterio de Cristo y de la Iglesia

En la Declaración *Inter insigniores* se recogen y explican las razones fundamentales de la doctrina de la Iglesia ya expuestas por Pablo VI y, además, se añaden otras razones teológicas que ilustran la conveniencia de la doctrina, y tratan de aclarar que el modo de actuar de Cristo, y seguido después por los Apóstoles, no estaba condicionado por motivos sociológicos o culturales propios de su tiempo.

El documento, que está cuidadosamente elaborado como corresponde a una materia tan delicada, se divide en 6 apartados. Después de una introducción en la que se recuerda el papel que corresponde a la mujer en la sociedad moderna y en la Iglesia, citando lo que sobre ello se afirma en la Encíclica *Pacem in terri*s de Juan XXIII y en la Constitución Pastoral *Gaudium et spes* del Concilio Vaticano II, el documento dedica su primer apartado a referirse a la Tradición ininterrumpida que, tanto en la Iglesia Católica como en las Iglesias orientales no católicas, no ha admitido nunca que las mujeres pudiesen recibir válidamente la ordenación sacerdotal o episcopal». Esta tradición de la Iglesia ha sido tan firme a lo largo de los siglos que «el Magisterio no ha sentido necesidad de intervenir para proclamar un principio que no era discutido o para defender una ley que no era controvertida».

Posteriormente, la Declaración *Inter insigniores* analiza la actitud de Cristo y la práctica de los Apóstoles, y se pregunta: «¿Podría la Iglesia apartarse hoy de

esta actitud de Jesús y de los Apóstoles, considerada por toda la tradición, hasta el momento actual, como normativa?». Su respuesta es que no, y para ello trata de aclarar que ni Cristo ni los Apóstoles estuvieron condicionados por motivos sociales y culturales.

Por otra parte, pasando a otra cuestión, la Declaración se plantea también si la Iglesia, que tiene cierto poder de intervención sobre la disciplina de los Sacramentos instituidos por Cristo, podría modificar esa praxis referente al sujeto de la Ordenación sacerdotal. La respuesta es también negativa al considerar que el poder de la Iglesia tiene un límite en lo que se refiere a la «sustancia» de los Sacramentos (Concilio de Trento, Sesión XXI, cap. 2). Es la Iglesia la que, en último término, realiza «el discernimiento acerca de lo que puede cambiar y de lo que debe quedar inmutable» y, en este caso, la Iglesia considera que por tratarse de una cuestión referente al signo sacramental instituido por Cristo no tiene poder para cambiarlo.

En conclusión, la Iglesia considera que esa praxis basada en la actuación de Cristo y de los Apóstoles tiene carácter normativo y vinculante para todas las épocas y lugares. Se trata de una norma «conforme con el plan de Dios para su Iglesia».

La Declaración *Inter insigniores* dedica sus dos últimos apartados (5 y 6) a tratar de aclarar esta última cuestión, es decir, en qué sentido esta norma es conforme con el plan de Dios, «mostrando la profunda conveniencia que la reflexión teológica descubre entre la naturaleza propia del Sacramento del Orden, y el hecho de que solo hombres hayan sido llamados a recibir la Ordenación Sacerdotal». Con ello «no se trata de ofrecer una argumentación demostrativa, sino de esclarecer esta doctrina por la analogía de la fe».

3.1. *El sacerdocio en el Misterio de Cristo*

El método seguido consiste en poner el sacerdocio en relación con el Misterio de Cristo y de la Iglesia. En relación con el misterio de Cristo, el sacerdote se ordena para continuar la misión de Cristo, participando de sus funciones y poderes en relación con la Iglesia. Se trata de una función «representativa». El sacerdote no obra en nombre propio, cuando actúa su sacerdocio, sino que obra en nombre de Cristo, y con su poder, como Cabeza de la Iglesia. El sacerdote obra *in persona Christi Capitis*. Esta representación, afirma el documento romano, alcanza su más alta expresión y un modo muy particular en la celebración de la Eucaristía… El sacerdocio cristiano es por tanto de naturaleza sacramental: el sacerdote es un signo, cuya eficacia sobrenatural proviene de la ordenación

recibida; pero es también un signo que debe ser perceptible y que los cristianos han de poder captar fácilmente».

Ahora bien, esa «semejanza natural» propia del signo sacramental requiere que Cristo sea representado por una persona de sexo masculino, puesto que Cristo se encarnó asumiendo la naturaleza humana en la condición de varón.

Por otra parte, la Encarnación de Cristo como varón es un hecho que no implica una superioridad del hombre sobre la mujer. Este hecho tiene otro significado que hay que atribuirlo a la economía de la salvación y al plan de Dios, tal como ha sido revelado, cuyo centro es el misterio de la Alianza.

De acuerdo con la Revelación, el misterio de la Alianza es un misterio nupcial, un misterio esponsal, tanto en el Antiguo como en el Nuevo Testamento. Este misterio nupcial, ya prefigurado en la Antigua Alianza, se realiza en plenitud con el Nuevo Testamento en la unión de Cristo con la Iglesia. Cristo es el Esposo. La Iglesia es la Esposa.

Para realizar este simbolismo esponsal que está en el centro de la Revelación y que forma parte esencial del misterio de la Alianza, Cristo se ha encarnado como varón. Por eso, cuando se trata de representar a Cristo al realizar sus acciones salvíficas, y en particular la celebración de la Eucaristía – que es por antonomasia el Sacramento de la Nueva Alianza– su papel lo debe realizar un varón: lo cual no implica ninguna superioridad en el orden de los valores, «sino solo una diversidad de hecho, en el plano de las funciones y del servicio». Como afirma la Declaración, concluyendo su argumentación sobre este punto, «en las acciones que exigen el carácter de la ordenación, el sacerdote es para la comunidad… la imagen, el símbolo del mismo Cristo que llama, perdona, realiza el sacrificio de la Alianza».

3.2. *El sacerdocio en el Misterio de la Iglesia*

Por otra parte, además de con el Misterio de Cristo, hay que analizar también la relación del sacerdocio con el Misterio de la Iglesia. En este sentido, ante todo hay que considerar que «la Iglesia es una sociedad diferente de las otras sociedades, original en su naturaleza y estructuras». Por las razones ya expuestas, la función pastoral está normalmente vinculada al Sacramento del Orden. Por tanto, la Autoridad no se otorga por la libre elección de los miembros de la comunidad, como ocurre en los Estados democráticos, sino por la imposición de las manos y la oración de los Sucesores de los Apóstoles. Es el Espíritu Santo quien hace participe del Gobierno de Cristo al sujeto de la Ordenación.

Esta es la razón por la cual no puede admitirse un Derecho al Sacramento del Orden en vista de la igualdad de los derechos de la persona. ¿Dónde está

entonces la igualdad entre varones y mujeres en el seno de la Iglesia, a la que se refiere S. Pablo en su famoso pasaje de la Carta a los Gálatas (3, 28), según el cual en Cristo no hay distinción entre varón y mujer? La respuesta es bien clara. Este texto no se refiere a los ministerios sino a la filiación divina que es común a todos los bautizados. Existe, por tanto, una igualdad fundamental entre todos los bautizados, sean varones o mujeres, compatible con una diferencia de funciones en el seno de la Iglesia. En esta diferencia de funciones es donde radica el Sacramento del Orden, objeto de una vocación específica y de una elección gratuita, a la que no se tiene ningún Derecho derivado del Bautismo: «No me habéis elegido vosotros a mí, sino que yo os elegí a vosotros», afirma el Señor en el Evangelio de S. Juan (15, 16).

Sin embargo, el sacerdocio no puede ser concebido como un honor o ventaja para quien lo recibe sino como un servicio a Dios y a la Iglesia. Como afirma el documento que comentamos: «El Sacerdocio no puede convertirse en término de una promoción social. Ningún progreso puramente humano de la Sociedad o de la persona puede de por sí abrir el acceso al mismo; se trata de cosas distintas». Por eso, la Declaración invita a todos a meditar mejor acerca de la naturaleza del sacerdocio en relación con el Misterio de Cristo y de la Iglesia, y también acerca de la verdadera naturaleza de la igualdad de los bautizados. Esta «igualdad no significa identidad dentro de la Iglesia, que es un cuerpo diferenciado en el que cada uno tiene su función; los papeles son diversos y no deben ser confundidos, no dan pie a superioridad de unos sobre otros, ni ofrecen pretexto para la envidia: el único carisma superior que debe ser apetecido es la caridad (Cfr. I Cor 12-13). Los más grandes en el Reino de los cielos no son los ministros sino los santos».

Después de estas importantes consideraciones el documento concluye afirmando que «la Iglesia hace votos para que las mujeres cristianas tomen plena conciencia de la grandeza de su misión: su papel es capital hoy en día, tanto para la renovación y humanización de la sociedad como para descubrir de nuevo, por parte de los creyentes, el verdadero rostro de la Iglesia».

Y aquí, si se me permite un comentario final a este texto, yo añadiría que la Iglesia tiene rostro de mujer, por ser la Esposa de Cristo. De modo semejante, Cristo tiene rostro de varón por ser el Esposo de la Iglesia. Y si esto último exige que sean varones los llamados a representar a Cristo para que continuamente se actualice su Sacerdocio único, las mujeres están llamadas de un modo especial –junto a los demás bautizados– a hacer transparente el verdadero rostro de la Iglesia en las diversas vocaciones propias del sacerdocio común de los fieles. De esta forma se hace visible, de alguna manera, el Misterio de Cristo y de la Iglesia.

4. Voluntad de Cristo y Tradición ininterrumpida

Después de este *excursus* sobre la enseñanza contenida en la Declaración *Inter insigniores*, volvemos de nuevo a la Carta Apostólica *Ordinatio sacerdotalis.* En el n. 2 de esta Carta, después de citar la doctrina expuesta durante el pontificado de Pablo VI sobre esta cuestión, el Papa Juan Pablo II se detiene especialmente en este aspecto fundamental: la elección de los Doce, llamando solo a varones, hecha por el Señor no estuvo determinada por las condiciones sociales y culturales de su tiempo, sino que respondía al designio eterno de Dios. El Papa cita un pasaje de la Carta Apostólica *Mulieris dignitatem* donde se refiere a esto mismo y, después, citando diversos textos del Nuevo Testamento, continúa: «Cristo eligió a los que quiso (Cfr. Mc 3,13-14; Jn 6,70); y lo hizo en unión con el Padre «por medio del Espíritu Santo» (Hch 1,2), después de pasar la noche en oración (Cfr. Lc 6,12). Por tanto, en la admisión al sacerdocio ministerial, la Iglesia ha reconocido siempre como norma perenne el modo de actuar de su Señor… Los Apóstoles hicieron lo mismo cuando eligieron a sus colaboradores que les sucederían en su ministerio. En esta elección estaban incluidos también aquellos que, a través del tiempo de la Iglesia, habrían continuado también la misión de los Apóstoles de representar a Cristo, Señor y Redentor».

Dicho en otros términos, el hecho de que Cristo eligiese solo a hombres para desempeñar el ministerio pastoral, y que los Apóstoles hiciesen lo mismo, y el que esta práctica se haya conservado siempre en la historia de la Iglesia, no obedece a un hecho casual, ni se trata de una costumbre rutinariamente conservada a lo largo de los siglos; se trata de una norma vinculante para siempre porque manifiesta la Voluntad del Señor de que sea así; responde a la intención del Señor cuando fundó su Iglesia, está basada en la Voluntad fundacional de Cristo. En palabras de Pablo VI, citadas también por la Carta Apostólica: «Cristo lo estableció así, al dar su constitución fundamental a la Iglesia, al asignarle su antropología teológica, que, luego, la tradición de la misma Iglesia ha seguido siempre». Esta referencia a la «constitución fundamental de la Iglesia» hecha por Pablo VI, cuyo significado jurídico conocemos bien los canonistas, subraya con una expresión técnica el alcance de esa «norma perenne» que la Iglesia reconoce en el modo de actuar de su Señor. Al final de la Carta, Juan Pablo II se referirá de nuevo a la cuestión con una expresión similar, afirmando que pertenece a la misma «constitución divina de la Iglesia».

Si se me permite sacar una consecuencia canónica que de aquí deriva, esto significa que la norma contenida en el canon 1024 del Código de Derecho Canónico, cuando afirma que «sólo el varón bautizado recibe válidamente la sagrada

ordenación» no es simplemente una norma disciplinar, que podría ser abolida por el legislador Eclesiástico. En terminología más técnica según el Derecho Canónico, se trata de una norma de Derecho divino cuyo contenido esencial es inmutable.

La enseñanza contenida en el n. 2 de la Carta *Ordinatio sacerdotalis* recuerda la doctrina de la Iglesia sobre el sujeto de la ordenación sacerdotal reservada exclusivamente a varones, concluyendo con palabras de la Declaración *Inter insigniores*, que la Iglesia «no se considera autorizada a admitir a las mujeres a la ordenación sacerdotal». Pero esta enseñanza no puede ser separada de otra cuestión de gran importancia para la Iglesia de siempre y en la actualidad: la cuestión de la presencia y el papel de la mujer en la vida y en la misión de la Iglesia. Es el punto considerado, a continuación, en el n. 3 de la Carta Apostólica.

5. La misión de la mujer en la Iglesia y la relación entre sacerdocio común y sacerdocio ministerial

Para iniciar el tratamiento de esta otra cuestión, inseparable y a la vez complementaria de la anterior, la Carta comienza haciendo una mención de la Virgen María, como Madre de Dios y Madre de la Iglesia: «El hecho de que María Santísima, Madre de Dios y Madre de la Iglesia, no recibiera la misión propia de los Apóstoles ni el sacerdocio ministerial, muestra claramente que la no admisión de las mujeres a la ordenación sacerdotal no puede significar una menor dignidad ni una discriminación hacia ellas, sino la observancia fiel de una disposición que hay que atribuir a la sabiduría del Señor del Universo». La mención de la Virgen María, en relación con esta cuestión, no obedece a una mera consideración piadosa, como cabe suponer por la índole del documento que comentamos. Se trata de una cuestión teológica de gran calado que afecta profundamente a la Mariología y a la Eclesiología. Se trata de la relación entre María y la Iglesia, de una parte; y de otra, se trata de la relación entre la Virgen María y la vocación y misión de la mujer en la Iglesia. A estos efectos –y para no entrar en una cuestión que nos excede en este momento– me remito a la Carta *Mulieris dignitatem*, en la que el Papa Juan Pablo II profundiza estos aspectos con insuperable maestría y con la Autoridad de su Magisterio.

Por otra parte, la mención de la Virgen María en relación con esta cuestión tampoco es nueva. A estos efectos, basta recordar también una de las fuentes históricas que nos resultan especialmente familiares a los canonistas, las Cartas Decretales. En una Carta Decretal de 11 de diciembre de 1210, dirigida a los Obispos de Palencia y de Burgos, y que se encuentra inserta en la Colección de

los Decretales, el Papa Inocencio III afirma que «*Quia licet beatissima Virgo María dignior et excellentior fuerit Apostolis universis, non tamen illi, sed istis Dominus claves regni commisit*» (Decretal, lib. V, tit. 38, De paenit., can. 10, Nova: A Freidberg, t. 2, col 886-887). «Aunque la Santísima Virgen María fue más digna y excelente que todos los Apóstoles, sin embargo no fue a Ella sino a estos, a quienes el Señor encomendó las llaves del Reino». Se trata de un texto que fue objeto de glosas reiteradas, hasta convertirse en un lugar común para los glosadores.

Después de esta referencia a la Virgen María, la Carta *Ordinatio sacerdotalis* se refiere a la presencia y al papel de la mujer en la Iglesia, calificándolos de «totalmente necesarios e insustituibles». Lo hace, teniendo en cuenta la enseñanza de la Declaración *Inter insigniores*, a la que ya antes nos hemos referido, completada también con una cita de la Carta *Mulieris dignitatem*. Podemos ahorrarnos ahora nuevas explicaciones. De todas maneras, sí quisiera subrayar el último párrafo del n. 3 de la Carta que dice así: «la estructura jerárquica de la Iglesia está ordenada totalmente a la Santidad de los fieles. Por lo cual, recuerda la Declaración *Inter insigniores*: «El único carisma superior que debe ser apetecido es la caridad (Cfr. I Cor 12-13). Los más grandes en el reino de los Cielos no son los ministros, sino los Santos». Aquí se pone de relieve la relación entre el sacerdocio ministerial y el sacerdocio común de los fieles, recordando cómo el sacerdocio jerárquico tiene una función de servicio cuya finalidad primordial es la Santidad de los bautizados. Y esta prioridad de la Santidad, a la que está ordenada tanto el sacerdocio común como el jerárquico, es la que fundamenta también el primado de la caridad sobre todos los demás carismas, ya sean comunes o jerárquicos. Así lo afirma S. Pablo, en su famoso canto a la caridad de la Epístola a los Corintios, citada en el texto.

De aquí emerge la necesidad de profundizar en esta cuestión, que no es ajena a lo que venimos tratando: la relación entre sacerdocio común y sacerdocio ministerial. El tema fue tratado por Juan Pablo II en la Carta *Mulieris dignitatem* a propósito de la vocación y misión de la mujer en la Iglesia. El Papa se refiere al *ordo amoris* que rige en la Iglesia y al primado de la caridad en la vida cristiana. Este orden de valores puede chocar frontalmente con el que rige en otras sociedades o en ambientes no cristianos; o, incluso, con el que puede imperar en la sociedad secularizada que se ha apartado de la raíz cristiana, o que solo conserva una tibia o superficial impronta del cristianismo. Este orden de valores sirve también para poder discernir con acierto las reivindicaciones planteadas por el movimiento feminista.

Aquellas reivindicaciones que tratan de mejorar la situación de la mujer en la sociedad o en la Iglesia, cuando está injustamente discriminada, son también

una exigencia de la caridad y de ese *ordo amoris* al que se refiere Juan Pablo II en la Carta *Mulieris dignitatem.* El Pontificado de Juan Pablo II se ha caracterizado por su actitud de apertura y aprecio a todos los aspectos positivos del movimiento feminista y de sus justas reivindicaciones. Sin embargo, en la cuestión que nos ocupa y de la que venimos tratando, se impone la necesidad de hilar muy fino, como hacen los documentos a los que nos estamos refiriendo. Lo que está en juego es el plan de Dios sobre la Creación y la Redención: la creación del hombre como varón y mujer en la igualdad y en la diferencia; el papel del sacerdocio ministerial en la estructura sacramental de la Iglesia; el papel del sacerdocio común y el papel de la mujer en la vida y misión de la Iglesia. Está en juego la Constitución divina de la Iglesia a la que se refiere el Papa en el último apartado de la *Ordinatio sacerdotalis*, del que vamos a tratar a continuación.

6. Una cuestión que atañe a la constitución divina de la Iglesia

Los puntos de los que hemos tratado hasta ahora son en realidad como una introducción que sirve de pórtico al último apartado de la Carta *Ordinatio sacerdotalis*. En este último apartado, el Papa extrae la consecuencia que para la doctrina de la Iglesia y para el Derecho Canónico tiene lo enseñado en los puntos anteriores. El Papa realiza una declaración explícita y formal, comprometiendo su condición de Doctor y Pastor Supremo de los fieles –aunque no haya pretendido realizar un acto definitorio *ex cathedra*–, según la cual «la Iglesia no tiene en modo alguno la facultad de conferir la ordenación sacerdotal a las mujeres, y que este dictamen debe ser considerado como definitivo por todos los fieles de la Iglesia». Se trata de una declaración del Magisterio Pontificio en la que el Papa califica la doctrina que propone como definitiva para todos los fieles en la Iglesia. A la vez, esta declaración tiene una importante consecuencia canónica, que afecta a la potestad de la Iglesia: la Iglesia no tiene la facultad de conferir la ordenación sacerdotal a las mujeres.

Esta es la cuestión que vamos a desarrollar a continuación. Para ello tendremos en cuenta, ante todo, el propio tenor de la Carta *Ordinatio sacerdotalis*, y lo pondremos en relación con lo que el Magisterio de la Iglesia o el Código de Derecho Canónico enseña o legisla, respectivamente, al efecto. En la última parte nos detendremos también en la ya citada Respuesta de la Congregación de la Doctrina de la Fe a un *dubium* sobre la cuestión; finalmente, nos referiremos a la «Nota doctrinal ilustrativa de la fórmula conclusiva de la *professio fidei*», de la misma Congregación, y de fecha 29 de junio de 1998, en aquello que afecta nuestro tema.

De acuerdo con el tenor del apartado n. 4 de la *Ordinatio sacerdotalis*, « la doctrina sobre la ordenación sacerdotal, reservada solo a los hombres, es conservada por la tradición constante y universal de la Iglesia, y es enseñada firmemente por el Magisterio en los documentos más recientes». Ya hemos hablado antes de esa tradición ininterrumpida. Por lo que se refiere a documentos del Magisterio reciente, la propia Carta Apostólica los tiene en cuenta a la hora de exponer su doctrina en el texto de la Carta o los cita a pie de página. Entre ellos se encuentran algunos textos del Concilio Vaticano II, los pertenecientes al Pontificado de Pablo VI, y la enseñanza de Juan Pablo II expuesta sobre todo en la Carta Apostólica *Mulieris dignitatem*, en la Exhortación Apostólica *Christifideles laici* y en el Catecismo de la Iglesia Católica.

No obstante esa tradición y Magisterio de la Iglesia, el Papa constata que «en nuestro tiempo y en diversos lugares (esa doctrina) se considera discutible, o incluso se atribuye un valor meramente disciplinar a la decisión de la Iglesia de no admitir a las mujeres a tal ordenación». Se trata de una constatación de hecho en la que el Papa parece referirse, no solo a ambientes no católicos, sino también a teólogos católicos o a ciertos sectores de la Iglesia que, o bien consideran que esta enseñanza del Magisterio es discutible, o bien consideran que se trata de una mera disciplina canónica que puede ser modificada ante el cambio de las circunstancias (por ejemplo, derogando o reformando el Canon 1024 del CIC).

Esta constatación de hecho es la que hace necesaria una intervención pontificia para zanjar estas discusiones: «con el fin de alejar toda duda sobre una cuestión que atañe a la misma constitución divina de la Iglesia». Según el Papa, pues, la cuestión no es discutible ni en el plano de la doctrina enseñada por el Magisterio, ni en el plano de la disciplina conservada por el Derecho Canónico, puesto que se trata de una cuestión perteneciente a la misma «constitución divina de la Iglesia».

Considerando ahora este último aspecto, la expresión «Constitución divina de la Iglesia», entendida desde la perspectiva del Derecho Canónico, significa que se trata de una cuestión perteneciente al Derecho divino, al *ius divinum Ecclesiae.* Significa también que la norma antes citada del CIC, que trata de formalizar y de dar eficacia canónica a ese *ius divinum*, tiene un carácter permanente y vinculante para siempre en la medida en que recoja ese contenido del *ius divinum*. Así lo consideraron ya en su momento algunos canonistas que pueden considerarse clásicos de la codificación, como Wernz o Gasparri. En su monumental y clásica obra del *Ius decretalium*, Wernz, que cita a otros muchos autores en favor de su tesis, considera que la exclusión de las mujeres de la ordenación sacerdotal hay que calificarla de *iure divino* (Cfr. *Ius decretalium*, t. 2; 124; Roma, 1906). Gasparri, por su parte, trata la cuestión en su Tratado sobre la sagrada or-

denación, considerando que la prohibición de estas ordenaciones bajo la sanción de nulidad, se remite a la norma apostólica, conservada por la tradición y por la doctrina común de los doctores católicos. Según Gasparri, los Padres consideran incluso herética la doctrina que permitía la ordenación de las mujeres (Cfr. *Tractatus canonicus de sacra ordinatione,* t. 1, 75, París 1893).

Por lo demás, esta importante afirmación pontificia según la cual esta cuestión pertenece a la constitución divina de la Iglesia, había sido ya anticipada por Pablo VI en términos similares, como pusimos de manifiesto anteriormente. En una alocución sobre «El papel de la mujer en el designio de la salvación», de 30 de enero de 1977, citada en la *Ordinatio sacerdotalis*, Pablo VI se había referido a ello utilizando la expresión «constitución fundamental de la Iglesia». Se trata de expresiones equivalentes para designar la Voluntad fundacional de Cristo sobre la Iglesia, la estructura fundamental de la Iglesia *iure divino*.

7. La declaración formal del papa. El magisterio pontificio intérprete auténtico de la Tradición y del magisterio anterior

Volviendo de nuevo al tenor literal de la *Ordinatio sacerdotalis*, antes de hacer su declaración formal sobre el tema en cuestión, el Papa cita el famoso texto del Evangelio de S. Lucas 22,32, en el que el Señor promete a Pedro rezar por él para que pueda confirmar a los hermanos, y afirma con cierta solemnidad –aunque no se trate de una declaración solemne en sentido estricto– que ejerce su oficio «en virtud de mi ministerio de confirmar en la fe a los hermanos». El Papa recuerda, por tanto, antes de hacer la declaración formal que sigue a continuación, que está ejerciendo su oficio de sucesor de Pedro con la misión recibida del Señor de confirmar en la fe a sus hermanos. Aunque no se proponga hacer una definición *ex cathedra*, el carácter solemne –en el sentido amplio de la expresión– con el que son dichas estas palabras no puede ser minusvalorado: el Papa está ejerciendo su oficio de Doctor y Pastor Supremo de la Iglesia para declarar una doctrina que pertenece a la constitución divina de la Iglesia, y que va a ser confirmada como definitiva.

Finalmente, el Papa hace su declaración formal que suena así: «declaro que la Iglesia no tiene en modo alguno la facultad de conferir la ordenación sacerdotal a las mujeres, y que este dictamen debe ser considerado como definitivo por todos los fieles de la Iglesia».

Como se ve, se trata de una declaración formal y explícita de la doctrina en cuestión, que sigue a las afirmaciones que el Papa ha hecho en los párrafos anteriores. En ellos ha recordado que esta doctrina forma parte de la tradición

constante y universal de la Iglesia, y que ha sido enseñada por el Magisterio en los documentos más recientes; y que es una cuestión que atañe a la constitución divina de la Iglesia. En este sentido, la declaración formal del Papa no añade una doctrina nueva sobre lo ya enseñado ininterrumpidamente por la Iglesia, sino que esa declaración reafirma y confirma esa misma doctrina así conservada y enseñada. Con la particularidad de que, al declarar explícitamente su carácter definitivo, está atestiguando precisamente que ese es el sentido que hay que dar a esa enseñanza. Se trata del testimonio autorizado y cualificado del Papa, concordando con la tradición y el Magisterio anterior, de que esa doctrina tiene un carácter definitivo para todos los fieles en la Iglesia. El Papa actúa también aquí como intérprete auténtico de la Tradición y del Magisterio de la Iglesia.

En esta declaración papal hay dos afirmaciones. En primer lugar, el Papa afirma que «la Iglesia no tiene en modo alguno la facultad de conferir la ordenación sacerdotal a las mujeres». En segundo lugar, afirma que «este dictamen debe ser considerado como definitivo por todos los fieles de la Iglesia».

Respecto a la primera afirmación, habría que subrayar que el Papa no está ejerciendo una competencia en virtud de la cual esté autolimitando el ejercicio de sus poderes. Lo que el Papa está diciendo y reconociendo es que ni la Iglesia, ni él mismo como cabeza de la Iglesia y del Colegio Episcopal, tiene el poder o facultad de conferir la ordenación sacerdotal a las mujeres. Está reconociendo que los poderes de la Iglesia y de él mismo son poderes limitados. Ni la Iglesia, ni el Papa en cuanto Vicario de Cristo han recibido del Señor un poder absoluto para organizar y regir la Iglesia a su arbitrio. En materia de sacramentos, ese poder no puede modificar lo que el Concilio de Trento llamaba la «sustancia» de los Sacramentos, soberanamente instituidos por Cristo. Respecto a cualquier materia referente a la estructura de la Iglesia establecida por Cristo, el poder de la Iglesia y, en su caso, el poder del Papa y del Colegio Episcopal encuentra un límite precisamente en eso que se llama la «Constitución divina de la Iglesia», a la que pertenece la materia de la que venimos tratando.

En cuanto a la segunda afirmación hecha por el Papa en su declaración formal, calificando la sentencia que propone como definitiva, surgen a su vez varias cuestiones: ¿Cuál es el significado que hay que atribuir a este tipo de sentencia definitiva? ¿Qué tipo de asentimiento requiere?

8. Una doctrina definitiva, objeto de la enseñanza infalible de la Iglesia

Ante todo, ¿qué relación tiene esta enseñanza con la infalibilidad de la Iglesia?

Respecto a esta cuestión, la Carta se remite a «la tradición constante y universal de la Iglesia» y a la enseñanza del «Magisterio en los documentos más recientes», para dar su calificación de esa doctrina como definitiva. Por tanto, el Papa no está enseñando una doctrina nueva, puesto que alega como *fundamento* de esa doctrina el Magisterio Ordinario y Universal de la Iglesia; pero, a la vez, presenta ese Magisterio a través de una declaración formal en la que se añade un aspecto nuevo: la *calificación* de esa enseñanza como definitiva. A través de su declaración, el Papa explicita el carácter definitivo de ese Magisterio ordinario y Universal de la Iglesia que es el fundamento en que se basa su calificación. De todo ello deriva la infalibilidad de la doctrina que se propone.

Conviene recordar ahora que este tema de la infalibilidad de la Iglesia fue tratado por el Magisterio del Vaticano II, en continuidad con la enseñanza del Concilio Vaticano I. A los efectos que aquí nos interesan quisiera referirme en particular a la Constitución *Lumen Gentium*, n. 25, y a algunas de sus consecuencias normativas recogidas por el Código de Derecho Canónico.

De acuerdo con el Concilio en el lugar citado, «aunque cada uno de los Prelados no goce de por sí de la prerrogativa de la infalibilidad, sin embargo, cuando, aun estando dispersos por el mundo, pero manteniendo el vínculo de comunión entre sí y con el Sucesor de Pedro, enseñando auténticamente en materia de fe y costumbres, convienen en que una doctrina ha de ser tenida como definitiva, en ese caso proponen infaliblemente la doctrina de Cristo». Este texto se refiere al Magisterio Ordinario y Universal de la Iglesia, que puede ser entendido tanto en sentido sincrónico como diacrónico. Es el caso al que se refiere la declaración de Juan Pablo II en la Carta *Ordinatio sacerdotalis*, según lo que hemos dicho anteriormente.

Por otra parte, hay otras dos formas de enseñanza que son también objeto de infalibilidad, según *Lumen Gentium* n. 25: 1) las definiciones de los Obispos reunidos en Concilio Ecuménico, actuando como maestros y jueces de la fe y costumbres para la Iglesia Universal; 2) las definiciones del Papa cuando, como supremo pastor y doctor de todos los fieles, proclama de una forma definitiva la doctrina de fe y costumbres; es decir, lo que se conoce como enseñanza *ex cathedra.*

Estos tres modos de enseñanza definitiva de la Iglesia, objeto de infalibilidad según el Concilio, fueron recogidos también por el Código de Derecho Canónico en el canon 749.

El parágrafo 1º de este canon se refiere a la forma solemne según la cual el Papa, como Supremo Pastor y Doctor de todos los fieles, proclama por un acto definitivo la doctrina que debe sostenerse en materia de fe y costumbres.

El parágrafo 2º se refiere a otras dos formas de infalibilidad, que son propias del Colegio de los Obispos: cuando, al ejercer su magisterio reunidos en Concilio Ecuménico, declaran para toda la Iglesia que ha de sostenerse como definitiva una doctrina sobre la fe o las costumbres; o «cuando dispersos por el mundo pero manteniendo el vínculo de la comunión entre sí y con el Sucesor de Pedro, enseñando de modo auténtico junto con el mismo Romano Pontífice las materias de fe y costumbres, convienen en que una sentencia debe sostenerse como definitiva». Como ya hemos dicho antes, este último supuesto del canon 749 & 2 es el que se refiere a la sentencia reafirmada por el Papa en la *Ordinatio sacerdotalis*, pues allí el Papa no está haciendo una definición solemne *ex cathedra*, sino confirmando la doctrina conservada ya por la tradición y enseñada por el Magisterio. Es decir, el acto pontificio declara formalmente, ejercitando su potestad de interpretar el contenido del depósito, que esa doctrina enseñada por los Obispos dispersos por el mundo, pero manteniendo el vínculo de comunión entre sí y con el Sucesor de Pedro, tiene un carácter definitivo, como expresión del Magisterio Ordinario y Universal.

Por tanto, respecto a la primera cuestión que nos planteábamos sobre el significado de esa doctrina propuesta por la *Ordinatio sacerdotalis*, habría que decir que cae dentro del objeto de la infalibilidad de la Iglesia, en una de las formas previstas por el Magisterio del Vaticano II y por el Código de Derecho Canónico.

9. Asentimiento firme e irrevocable, con su correspondiente sanción canónica

Respecto al tipo de asentimiento que requiere esta forma de enseñanza definitiva de la Iglesia, también el Concilio, y posteriormente al Código, se refieren a ello. El Concilio lo hace de un modo genérico y el Código de un modo más específico. Pero hay que tener en cuenta que el canon 750, que es donde se especifica el tipo de asentimiento, fue reformado recientemente como consecuencia del *motu proprio*, *Ad tuendam fidem*, de 18 de mayo de 1998; por tanto, en fecha posterior a la Carta Apostólica *Ordinatio sacerdotalis*. Esto explica, quizá, el *dubium* surgido poco después de la publicación de la *Ordinatio sacerdotalis* y antes de la reforma del canon 750, al que tuvo que responder la Congregación de la Doctrina de la Fe en su respuesta de 28 de octubre de 1995. Pero, antes de referirme a esta respuesta de la CDF, trataré de responder a la cuestión planteada sobre el tipo de asentimiento que requiere la doctrina de la *Ordinatio sacerdotalis*, teniendo en cuenta ya la reforma del Código hecha por el *motu proprio*, *Ad tuendam fidem*.

Como acabo de decir, el Concilio Vaticano II solo se refiere de modo genérico al tipo de asentimiento que se ha de prestar a las enseñanzas de la Iglesia que son objeto de infalibilidad. La Constitución *Lumen Gentium,* n. 25, afirma sobre el particular que «a estas definiciones (se refiere, como digo, a las que son objeto de infalibilidad) nunca puede faltar el asentimiento de la Iglesia por la acción del mismo Espíritu Santo, en virtud de la cual la grey toda de Cristo se mantiene y progresa en la unidad de la fe». Este asentimiento que –según el Concilio– nunca puede faltar a la enseñanza proclamada por acto definitivo, y que es objeto de infalibilidad, ha de ser firme e irrevocable por la propia naturaleza de la enseñanza a que se refiere. Sin embargo, cabe todavía distinguir diferentes clases de verdades entre aquellas a las que hay que prestar este asentimiento pleno. A ellas se refiere el canon 750 del CIC después de haber sido reformado por la Carta Apostólica *Ad tuendam fidem.*

El canon 750, después de su reforma, se divide en dos parágrafos según el tipo de verdades a que se refiere. Estas dos clases de verdades matizan también el diverso tipo de asentimiento requerido, aunque en ambos casos se trate siempre de un asentimiento pleno y definitivo.

En el primer parágrafo se refiere a aquellas verdades que han de ser creídas con fe divina y católica, por hallarse contenidas en la palabra de Dios escrita o transmitida por tradición y que son propuestas como reveladas por Dios. Es decir, se trata de verdades que requieren un asentimiento de fe teologal, basado en la autoridad de la palabra de Dios. Este asentimiento de fe divina y católica lleva consigo que quien rechaza estas verdades de modo pertinaz incurre en herejía o en apostasía de la fe, como señala el canon 751.

En cambio, el segundo parágrafo del canon 750 no se refiere a verdades propuestas por el Magisterio como formalmente reveladas, sino a aquellas verdades «que de manera definitiva proponga el Magisterio de la Iglesia respecto a la fe y a las costumbres, es decir, a aquellas que se requieren para custodiar santamente y exponer fielmente el mismo depósito de la fe». En este caso, el tipo de asentimiento que se requiere no es el de fe divina y católica, pero, como afirma el canon, estas verdades «deben también aceptarse y retenerse firmemente», de manera que «se opone, pues, a la doctrina de la Iglesia Católica quien rechace esas proposiciones que han de tenerse como definitivas». Se trata, por tanto, de un asentimiento también pleno y firme, como en el caso de las verdades formalmente reveladas, pero no de fe divina y católica sino, en todo caso, de fe en la asistencia del Espíritu Santo al Magisterio de la Iglesia.

La diferencia entre las verdades y el tipo de asentimiento que se requiere se ve mejor cuando se considera también el tipo de delitos y de penas en que incu-

rren quienes niegan o rechazan estas doctrinas. Quienes rechazan las verdades a las que se refiere el primer parágrafo del canon 750 incurren en los delitos de herejía o apostasía, conforme al canon 751, y están sancionados con la pena de excomunión *latae sententiae*, según lo previsto en el canon 1364. En cambio, los que rechazan pertinazmente la doctrina a la que se refiere el parágrafo 2º del canon 750 incurren en un delito contra las autoridades eclesiásticas, que debe ser castigado con una pena justa, según el canon 1.371. Este canon fue también reformado por el «*motu proprio*» *Ad tuendam fidem*, precisamente para introducir este tipo de delito y su pena, a propósito del canon 750 & 2.

Resumiendo cuanto llevamos dicho y aplicándolo al caso de la *Ordinatio sacerdotalis*, hay que decir que la doctrina allí propuesta por el Papa de forma definitiva es aquella a la que se refiere el canon 750 & 2. Se trata, por tanto, de una doctrina que ha de ser aceptada y retenida firmemente, aunque no haya sido propuesta como formalmente revelada. No exige, por tanto, un asentimiento de fe divina y católica, pero sí un asentimiento definitivo e irrevocable, en cuanto propuesta de manera definitiva por el magisterio de la Iglesia en materia de fe y costumbres; y en cuanto que se trata de una doctrina que se requiere para custodiar santamente y exponer fielmente el mismo depósito de la fe. Quienes rechazan esta doctrina no incurren en delito de herejía, pero sí en un delito contra las autoridades eclesiásticas, que ha de ser castigado con una pena justa, conforme al canon 1.371, 1º.

Todo ello es consecuencia de la reforma de los cánones 750 y 1.371 realizada por el «*motu proprio*» *Ad tuendam fidem,* que llenaba así una laguna legal que afecta a la cuestión que nos ocupa.

10. La respuesta de la Congregación de la Doctrina de la Fe al *Dubium* sobre la *Ordinatio sacerdotalis*

Esta calificación doctrinal y canónica que puede hacerse de la Carta Apostólica *Ordinatio sacerdotalis* –a la luz del Concilio Vaticano II y del Código de Derecho Canónico, tras la reforma de este último por el «*motu proprio*» *Ad tuendam fidem*– trató de ser aclarada por la Respuesta de la Congregación de la Doctrina de la Fe, de 28 de octubre de 1995, a un *dubium* planteado sobre la cuestión; y por la «Nota doctrinal ilustrativa de la fórmula conclusiva de la *professio fidei*», publicada por la misma Congregación el 29 de junio de 1998. Me referiré brevemente a ellas antes de acabar este comentario.

El *dubium* que se planteó a la Congregación de la Doctrina de la Fe fue el siguiente: «Si la doctrina, según la cual la Iglesia no tiene facultad de conferir la

ordenación sacerdotal a las mujeres, propuesta en la Carta Apostólica *Ordinatio sacerdotalis* como dictamen que debe considerarse como definitivo, se ha de entender como perteneciente al depósito de la fe». Según ese tenor literal, lo que el *dubium* plantea en concreto es si esa doctrina propuesta como sentencia definitiva pertenece o no al depósito de la fe. Pero, como ya se expuso anteriormente, si una doctrina propuesta como definitiva pertenece al depósito de la fe, eso significa que esa doctrina es, por ello mismo, objeto de la infalibilidad que tiene la Iglesia. Esta es la respuesta que da la Congregación, que aprovecha también la ocasión para explicitar y explicar algunos aspectos de la enseñanza ya contenida en el propio texto de la *Ordinatio sacerdotalis*. En este sentido, aunque no añade nada nuevo a lo ya contenido en el texto, es indudable que la Respuesta supone una autorizada aclaración del texto de la Carta Apostólica según la mente de su autor. Esto es así porque es el propio Pontífice Juan Pablo II el que aprueba la Respuesta de la CDF en la Audiencia concedida al Cardenal Prefecto de la misma, y quien ordena también su publicación.

Como se acaba de decir, la Respuesta afirmativa al *dubium* planteado, no solo afirma que la doctrina de *Ordinatio sacerdotalis* pertenece al depósito de la fe, sino que aclara también en qué sentido pertenece a ese depósito, y qué implicaciones tiene esa pertenencia al *depositum fidei*.

En primer lugar, citando al Concilio Vaticano II en el lugar al que ya nos hemos referido (Constitución dogmática *Lumen Gentium* 25, 2), afirma que «esta doctrina exige un asentimiento definitivo puesto que… ha sido propuesta infaliblemente por el magisterio ordinario y universal». Lo que el Concilio afirma, como ya antes también pusimos de manifiesto, es que si una doctrina es enseñada como definitiva por el Magisterio Ordinario y Universal, tal doctrina es objeto de la infalibilidad de la Iglesia. Y eso aunque tal doctrina no sea propuesta como formalmente revelada, como es el caso que estudiamos. En este caso, según la Respuesta que da la CDF, no se está proponiendo formalmente una verdad como revelada, sino una verdad «basada en la Palabra de Dios escrita y constantemente conservada y aplicada en la Tradición de la Iglesia desde el principio». Esta es la razón por la que pertenece al depósito de la fe y ha sido propuesta infaliblemente, como afirma también la respuesta.

Efectivamente, en su segundo y último párrafo la Respuesta extrae la consecuencia que se deriva de lo dicho en el primer párrafo: «Por consiguiente, … el Sumo Pontífice… ha propuesto la misma doctrina con una declaración formal, afirmando explícitamente lo que siempre, en todas partes y por todos los fieles se debe mantener, en cuanto perteneciente al depósito de la fe». En este párrafo final se aclara que el Papa no ha expuesto una doctrina nueva respecto a lo que

ya se consideraba por la Tradición y es expuesto por el Magisterio Ordinario y Universal, sino que ha expuesto «la misma doctrina». Pero lo ha hecho «con una declaración formal, afirmando explícitamente lo que siempre, en todas partes y por todos los fieles se debe mantener». Es decir, el Papa no se ha propuesto hacer una definición dogmática sobre la doctrina expuesta, recurriendo a su magisterio solemne *ex cathedra*, sino que ha vuelto a reafirmar y confirmar la doctrina ya enseñada por la Tradición y el Magisterio de la Iglesia en cuanto perteneciente al depósito de la fe. Mediante esa «declaración formal» el Papa da su testimonio autorizado y cualificado, según el cual tal doctrina es propuesta por la Iglesia como definitiva.

En resumen, según la Respuesta de la CDF, la doctrina de la *Ordinatio sacerdotalis*, pertenece al depósito de la fe y es objeto de la enseñanza infalible de la Iglesia, y, por tanto, exige un asentimiento definitivo. Para ello no es necesario, ni que sea propuesta formalmente como una verdad revelada para ser creída con fe divina y católica, ni que sea objeto de una definición *ex cathedra.*

Por lo demás, hay que añadir de nuevo que, aunque el valor de esta Respuesta de la Congregación de la Doctrina de la Fe, y aprobada por el Papa Juan Pablo II, no puede ser subestimado en sí mismo, la afirmación contenida en ella – con las explicaciones e implicaciones que también contiene – no añade nada nuevo a lo que ya se contenía en el texto de la enseñanza de la Carta Apostólica *Ordinatio sacerdotalis.* Es esta Carta la que es expresión del Magisterio auténtico de la Iglesia –en este caso, como reflejo también del Magisterio Ordinario y Universal–, respecto al cual la Respuesta tiene un valor «declarativo», que es útil para aclarar esa posible duda que se plantea.

11. La nota doctrinal ilustrativa de la fórmula conclusiva de la *Professio fidei*

La última cuestión que quiero tratar es el contenido de la «Nota doctrinal ilustrativa de la fórmula conclusiva de la *professio fidei*», antes citada. Se trata de una Nota publicada el mismo día que la Carta Apostólica *Ad tuendam fidem*, aunque ambos documentos tienen fechas distintas. La Nota está fechada el 29 de junio de 1998 en la Sede de la Congregación para la Doctrina de la Fe, y firmada por el Cardenal Ratzinger, como Prefecto, y por el Arzobispo Bertone, como Secretario. En ella se tratan diferentes cuestiones sobre la fórmula de la *professio fidei* que había sido aprobada por un rescripto especial de Juan Pablo II el 19 de septiembre de 1989. Fue precisamente esta profesión de fe la que hizo necesaria la promulgación del *«motu proprio» Ad tuendam fidem* para establecer normas

precisas en la legislación canónica en relación con la fórmula que contenía. Esta profesión de fe ha de ser emitida por aquellos fieles obligados a ello por tener que ejercer un oficio en nombre de la Iglesia (canon 833 del CIC). Mi comentario a esta Nota se reduce exclusivamente al tema objeto de estudio y no a otras materias tratadas en ella.

En este sentido, hay que decir que la *professio fidei*, además de contener el símbolo niceno–constantinopolitano, se concluye con la adición de tres apartados, que tienen como finalidad distinguir mejor el orden de las verdades que abraza el creyente. El segundo apartado dice así: «Acepto y retengo firmemente, así mismo, todas y cada una de las cosas sobre la doctrina de la fe y las costumbres, propuestas por la Iglesia de modo definitivo».

Fue este segundo apartado, cuya determinación jurídica no existía en el Código de Derecho Canónico, el que obligó al supremo legislador Eclesiástico a introducir la correspondiente norma canónica, con su consiguiente sanción penal, a través del ya citado *motu proprio, Ad tuendam fidem*, por el que se modificaron los cánones 750 y 1371 del Código de Derecho Canónico, así como los cánones 598 y 1436 del Código de cánones de las Iglesias Orientales.

La «Nota doctrinal» comenta el sentido de ese segundo apartado de la *professio fidei* en los números 6 a 9; y finalmente en el número 11 hace una serie de ejemplificaciones, en las que se refiere expresamente a la enseñanza de la doctrina sobre la ordenación sacerdotal reservada solo a los hombres. Trataré de ofrecer un resumen de esos puntos, en los que considero que queda perfectamente aclarada la cuestión que nos ocupa y que ha sido objeto de mi tratamiento anterior.

Según la «Nota doctrinal», el objeto del segundo apartado de la fórmula de la *professio fidei* comprende todas aquellas doctrinas que conciernen al campo dogmático o moral, que son necesarias para custodiar y exponer fielmente el depósito de la fe, aunque no hayan sido propuestas por el Magisterio de la Iglesia como formalmente reveladas» (n.6). Según lo ya dicho anteriormente, esta es la doctrina que se propone en la *Ordinatio sacerdotalis*.

Por otra parte, continúa diciendo la «Nota», estas doctrinas «pueden ser enseñadas infaliblemente por el Magisterio ordinario y universal de la Iglesia como una *sententia definitive tenenda».* Todo creyente, por tanto, debe dar su asentimiento firme y definitivo a estas verdades, fundada sobre la fe en la existencia del Espíritu Santo al Magisterio de la Iglesia, y sobre la doctrina católica de la infalibilidad del Magisterio en estas materias. Quien las negara asumiría la posición de rechazo de la verdad de la doctrina católica y por tanto no estaría en plena comunión con la Iglesia Católica». (n. 6).

Dentro de ese segundo apartado, la Nota distingue un diferente tipo de verdades, según estén necesariamente conectadas con la revelación mediante una «relación histórica» o mediante una «conexión lógica», la cual expresa una etapa en la maduración del conocimiento de la misma revelación que la Iglesia está llamada a recorrer. Según la Nota, «el hecho de que estas doctrinas no sean propuestas como formalmente reveladas, en cuanto agregan al dato de fe elementos no revelados o no reconocidos todavía expresamente como tales, en nada afectan a su carácter definitivo, el cual debe sostenerse como necesario, al menos por su vinculación intrínseca con la verdad revelada. Además, no se puede excluir que, en cierto momento del desarrollo dogmático, la inteligencia tanto de la realidad como de las palabras del depósito de la fe pueda progresar en la vida de la Iglesia, y el Magisterio llegue a proclamar algunas de estas doctrinas también como dogmas de fe divina y católica» (n. 7). Como la Nota dirá más adelante, no se excluye que esto pueda ocurrir respecto a la doctrina de la no ordenación de las mujeres. En todo caso, parece claro que existen verdades que son necesarias para exponer y custodiar el depósito de la revelación –por su conexión intrínseca con ella–, y que sin embargo no han sido propuestas como formalmente reveladas.

En cuanto a la naturaleza del asentimiento, la Nota afirma que no existe diferencia en lo que se refiere al carácter pleno e irrevocable del asentimiento que es debido a los dos tipos de verdades mencionadas: a las propuestas por la Iglesia como divinamente reveladas, y a las que han de retenerse de modo definitivo –las del segundo apartado–. La diferencia se da, en cambio, respecto a la virtud teologal de la fe en relación con ese doble tipo de verdades: las propuestas como formalmente reveladas han de ser creídas con fe divina y católica, basada en la autoridad de la palabra de Dios; en cambio, las verdades del segundo apartado a que nos referimos se fundan sobre la fe en la asistencia del Espíritu Santo al Magisterio de la Iglesia, y sobre la doctrina católica de la infalibilidad del Magisterio (doctrinas *de fide tenenda*).

Por otra parte, estas verdades del segundo apartado de la *professio fidei,* a las que nos estamos refiriendo, pueden ser enseñadas por el Magisterio por medio de un «acto definitorio» o «no definitorio». Mediante «acto definitorio» se puede definir solemnemente una verdad, ya sea *ex cathedra*, ya sea a través de un Concilio Ecuménico. Mediante «acto no definitorio», se puede también enseñar infaliblemente una doctrina por medio del Magisterio de la Iglesia ordinario y universal de los obispos dispersos por el mundo en comunión con el Sucesor de Pedro. «Tal doctrina, afirma la Nota, puede ser confirmada o reafirmada por el Romano Pontífice, aún sin recurrir a una definición solemne, declarando ex-

plícitamente que la misma pertenece a la enseñanza del Magisterio ordinario y universal… como verdad de la doctrina católica (segundo apartado). En consecuencia, cuando sobre una doctrina no existe un juicio en forma solemne de una definición, pero pertenece al patrimonio del *depositum fidei* y es enseñada por el Magisterio Ordinario y Universal –que incluye necesariamente el del Papa–, esa doctrina debe ser entendida como propuesta infaliblemente. La confirmación o la reafirmación por parte del Romano Pontífice, en este caso, no se trata de un nuevo acto de dogmatización, sino del testimonio formal sobre una verdad ya poseída e infaliblemente transmitida por la Iglesia» (n.9).

Pienso que esta larga cita de la «Nota doctrinal» tiene un gran interés para clarificar todo lo ya tratado anteriormente sobre el tema en cuestión. De hecho, más adelante, la propia Nota hace una serie de ejemplificaciones de lo que está queriendo decir, y uno de los ejemplos que contempla es el de la doctrina sobre la ordenación sacerdotal reservada a solo varones, citando expresamente la Carta Apostólica *Ordinatio sacerdotalis* y la respuesta de la CDF al *dubium* sobre la doctrina de la Carta Apostólica. Sobre el caso la Nota afirma: «La intención del Sumo Pontífice, sin querer llegar a una definición dogmática, ha sido la de reafirmar que tal doctrina debe ser tenida como definitiva, pues, fundada sobre la palabra de Dios escrita, constantemente conservada y aplicada en la Tradición de la Iglesia, ha sido propuesta infaliblemente por el Magisterio ordinario y universal. Nada impide que, como lo demuestra el ejemplo precedente –se refiere a la doctrina sobre la infalibilidad y sobre el Primado de jurisdicción del Romano Pontífice, definida en el Concilio Vaticano I, pero ya reconocida como doctrina definitiva antes de su definición por el Concilio–, en el futuro la conciencia de la Iglesia pueda progresar hasta llegar a definir tal doctrina de forma que deba ser creída como divinamente revelada» (n. 11).

Tratando de despejar cualquier duda al respecto, la «Nota doctrinal» es ciertamente ilustrativa del significado que la doctrina enseñada en la Carta *Ordinatio sacerdotalis* tiene dentro del cuadro del Magisterio de la Iglesia. Con claridad y precisión distingue las diversas verdades enseñadas por el Magisterio, y el distinto grado de asentimiento que les corresponde según la naturaleza de esas verdades. Aborda también el espinoso tema de la infalibilidad de la Iglesia y de su objeto. Finalmente, recurre a ejemplos sobre casos en disputa y les aplica la doctrina establecida.

Respecto a la autoridad que esta «Nota doctrinal» tiene, se puede pensar que no es la que tienen otros documentos de la Congregación de la Doctrina de la Fe que han sido aprobados y mandados publicar por el Papa, como es el caso de la Respuesta al *dubium* sobre la doctrina de la *Ordinatio sacerdotalis.* En este

caso, la autoría de la Nota corresponde exclusivamente a la de la Congregación de la que procede: la Nota está firmada en la Sede de la Congregación por el Cardenal Ratzinger, como Prefecto, y por el Arzobispo Bertone, como Secretario de la misma.

Pero se trata de una nota oficial y cualificada en razón de la autoridad de la que goza la Congregación de la Doctrina de la Fe. En este sentido, no refleja meras opiniones teológicas, como puede ser el caso de otros escritos de autores privados, cuya autoridad deriva de aquella que tienen personalmente quiénes los suscriban. Se trata de una Nota autorizada, procedente de una Congregación cuya función es la de «promover y tutelar la doctrina de fe y costumbres en todo el orbe católico» (Constitución apostólica *Pastor Bonus,* 48). Por otra parte, no hay que olvidar que la Congregación de la Doctrina de la Fe colabora estrechamente con el Papa en la elaboración de los documentos que, como la Carta *Ordinatio sacerdotalis*, pretenden exponer con claridad la doctrina católica y refutar las doctrinas contrarias que podrían difundirse entre el pueblo cristiano (Ibídem 51, 3ª).

Por todos estos motivos, esta «Nota doctrinal» es un documento autorizado que aporta las claves para calificar las enseñanzas del Magisterio de la Iglesia y que, por tanto, ha de ser tenido muy en cuenta a la hora de valorar la doctrina contenida en la *Ordinatio sacerdotalis.* La Carta Apostólica *Ordinatio sacerdotalis*, la Respuesta de la CDF al *dubium* sobre la Carta, y la «Nota doctrinal», forman en cierto sentido un todo orgánico y articulado, del que no puede prescindirse para conocer y valorar mejor el significado de la doctrina católica acerca de la ordenación sacerdotal reservada a sólo varones.

4

PRECISIONES EN TORNO AL «IUS DIVINUM»*

Sumario: 1. La definición y naturaleza del *ius divinum*. 2. El contenido del Derecho divino. 3. Derecho divino y Derecho humano.

El problema del fundamento del Derecho Canónico es una cuestión de permanente actualidad en la medida en que es «*quaestio disputata*» en la doctrina y en la medida en que, como todo problema de fundamentación, puede ser siempre profundizado, tanto para hacerse cargo de sus términos como de las posibles respuestas a los interrogantes que plantea. El propósito de estas líneas es hacer unas precisiones a tal cuestión sin otro afán que el de contribuir a reflexionar de nuevo sobre el tema.

Siendo el Derecho Canónico el orden jurídico de la Iglesia Católica, y esta última una sociedad de institución divina, para tratar del fundamento del Derecho Canónico hay que referirse al *Ius Divinum*, es decir, al orden jurídico instituido por Dios para estructurar a su Iglesia. Para la doctrina, el Derecho Divino suele ser considerado como fundamento del Derecho Canónico y como Norma Fundamental de toda la normativa eclesiástica[1]. En cambio, los autores no suelen estar de acuerdo en qué haya de entenderse por Derecho Divino[2].

(*) Publicado en «Ius Canonicum», XXII (44), 1982, 783-796.

1. En este sentido, afirma Viladrich: «Con diversas expresiones terminológicas y desde distintas perspectivas conceptuales, la canonística coincide en el enunciado de las funciones del *ius divinum:* es «*fons primarius iuris quo Ecclesia catholica regitur*», es base y fundamento del Derecho humano, «*iure divino positivo Ecclesia est instituta et in essentialibus ordinata*», es principio o núcleo informador de todo el ordenamiento canónico (de la legislación, interpretación y aplicación), es cláusula límite, «*omnis potestas legilativa in Ecclesia in iure divino fundatur eodemque iure circunscribitur*», es prueba de su carácter específicamente canónico o piedra de toque de la «eclesialidad» del entero sistema canónico, etc».. Cfr. Viladrich, P. J., *El «ius divinum» como criterio de autenticidad en el Derecho de la Iglesia,* en *La Norma en el Derecho Canónico,* II, Pamplona, 1979, 34. Véase también la lista de autores, que, como testimonio de lo que afirma, cita en la nota 10 de ese estudio.

2. Sobre esta cuestión pueden verse, entre otros, los siguientes autores: Van Hove, A., *Commentarium Lovaniense in Codicem Iuris Canonici, I. Prolegomena,* Mechliniae–Romae, ²1945; Michiels, G., *Nor-*

Voy a referirme a la cuestión considerando tres aspectos o tópicos de la misma: 1) La definición y naturaleza del Derecho Divino. 2) El contenido del Derecho Divino. 3) Las relaciones entre Derecho Divino y Derecho humano.

1. La definición y naturaleza del Ius Divinum

La primera dificultad que entraña la definición de la expresión *Ius Divinum* procede de la dificultad previa que existe para definir qué sea el Derecho. El reproche que Kant hizo a los juristas de su tiempo por no haber sido capaces de dar una definición del Derecho continúa siendo válido todavía en el nuestro. Para comprobarlo basta consultar cualquier Manual donde se trate este problema. La realidad jurídica continúa resistiendo todo tipo de definición y hace problemático todo intento serio de definirla. Los juristas continúan eludiendo la cuestión *Quid ius* y, dándola por supuesta, se enfrascan en el *Quid iuris* que a cada uno interesa. Ahora bien, mientras este problema exista y no logre darse una definición del Derecho que sea aceptada por la Ciencia jurídica, se hace imposible responder a la cuestión que nosotros proponemos y que presupone la anterior, se hace imposible definir con precisión la expresión «*Ius Divinum*».

Uno de los sentidos clásicos que tiene esta expresión es el de referir la realidad jurídica a Dios como autor del Derecho. En este caso, el calificativo de «Divino» sirve para indicar que existe un Derecho cuyo autor y fundamento es el mismo Dios; o también para expresar que una determinada realidad jurídica

mae generales iuris canonici. I, Parisiis–Tomaci–Romae, [2]1949, 207-211; Ribas, J. M., *El Derecho Divino en el ordenamiento canónico,* en «Revista española de Derecho Canónico», 20 1965, 267-320; Mörsdorf, K., *Wort und SaKrament als Bavelemente der Kirchenverfassung,* en «Archiv für katholisches kirchenrechts», l34, 1965, 72, ss.; Hervada, J., *El ordenamiento canónico, I. Aspectos centrales de la construcción del concepto,* Pamplona, 1966; De La Hera, A., *Introducción a la Ciencia del Derecho Canónico,* Madrid, 1967, 190-225; Vitale, A., *Sacramenti e diritto,* Freibur–Roma, 1967; Bertrams, W., *De constitutione Ecclesiae simul charismatica et institutionali,* en «Periodica», 57, 1968, 281 ss.; Reina, V., *La naturaleza del Derecho Canónico,* Madrid, 1969; Hervada–Lombardía, *El Derecho del Pueblo de Dios,* I, Pamplona, 1970; 29-57; Rouco Varela–Corecco, *Sacramento e diritto: antinomia nella Chiesa?,* Milano, 1972; Fedele, P., *Diritto divino e diritto humano nella vita della Chiesa,* en *La Chiesa dopo il Concilio, I,* Milano, 1972, 57-92; Viladrich, P. J., *Hacia una Teoría fundamental del Derecho Canónico,* Ibídem, 1287-1342; Sobanski, R., *De constitutione Ecclesiae et natura iuris in misterio divino intelligendis,* en «*Monitor Ecclesiasticus*», 100, 1975, 269-294; Urrutia, F. J., *De natura legis Ecclesiasticae,* Ibídem, 400-419; Viladrich, P. J., *El «ius divinum» como criterio de autenticidad en el Derecho de la Iglesia,* cit., Dammer, K., *Ius Ecclesiae–Ius Gratiae. Animad–versiones ad relationem inter ius canonicum et ethos christianum,* en «Periodica », 66, 1977, 5-46; De La Hera, A., *El Derecho Canónico como «ius sacrum»,* «Ius Canonicum», 34, 1977, 297-309; Mostaza, A., *El Derecho Canónico y el derecho divino (positivo y natural),* «Filosofía y Derecho», II, Valencia, 1977, 31-55; Bonnet, P. A., *Caritá* e *diritto: la dimensione comunitaria quale momento della struttura interna del diritto della Chiesa,* en *Investigationes theologico–canonicae,* Roma, 1978, 75-97; Congar, I. M. D., *«Ius divinum»,* en «Revue de droit canonique», 28, 1978, 102-122; Llamazares, D., *Derecho Canónico Fundamental,* León, 1980.

es de institución divina. Este es, por lo demás, el sentido que la expresión Derecho divino tiene en algunos cánones del Código de Derecho Canónico, v.g. en el canon 1016 cuando afirma que «el matrimonio de los bautizados se rige no sólo por el Derecho divino, sino también por el Canónico», o en el canon 6, 6.º cuando se habla de «leyes de Derecho divino, sea positivo o natural». Con ello se quiere decir evidentemente que hay instituciones como el matrimonio cuyo autor es Dios y que existen leyes, de Derecho natural y positivo, cuyo autor es también el mismo Dios.

Este significado del Código encuentra también apoyatura en textos de autores clásicos, que se refieren al Derecho Divino como a un Derecho establecido por Dios y cuya fuente es por ello la Sagrada Escritura. Así S. Agustín nos dice que *«Divinum ius in Scripturis habemus»*[3], Graciano nos da su definición del Derecho natural señalando que *«ius naturale est quod in lege et evangelio continetur»*[4], y Santo Tomás de Aquino afirma que *«Ius Divinum est quod pertinet ad legem novam vel veterem»*[5], es decir, a una Ley cuyo autor es el mismo Dios[6].

Para la tradición cristiana, por tanto, y para el Código de Derecho Canónico que la recibe, el Derecho Divino es por lo pronto un Derecho instituido por Dios, establecido por la Ley Divina. De este modo se aclara el sentido del calificativo «Divino» aplicado al Derecho. Con ello se precisa también que el problema reside en qué sentido se puede designar como Derecho a una realidad instituida por Dios o de la que Dios es autor. ¿Se puede usar la expresión Derecho para designar algo establecido por Dios?

De nuevo, la cuestión nos transporta al problema de la definición del Derecho, pues sólo puede afirmarse que Dios es autor del Derecho después de haber definido qué se entiende por este sustantivo.

Sin embargo, mientras que la cuestión puede parecer insoluble si se la examina a la luz de la Teoría jurídica actual, por encontrarnos enseguida con una pluralidad de teorías sobre el tema, la cosa resulta más fácil examinándola en el contexto de la tradición cristiana y canónica que ha acuñado la expresión «Derecho Divino»[7].

3. S. Agustín, *In tractatum Evangeli Iohamnis,* VI, 25 (PL 35, 1436).

4. Graciano, *Dictum ad* c. 1 D. I.

5. Santo Tomás De Aquino, *Quodl.* IV, 13.

6. El Derecho divino ha sido promulgado por Dios y contiene, tanto las cosas que son justas por derecho natural como las que lo son por institución divina: *«Ius divinum dicitur quod divinitus promulgatur. Et hoc quidem partim est de his quae sunt naturaliter iusta … partim autem de his quae fiunt iusta institutione divina».* S. Th. II–II, q. 57, a. 2, ad 3.

7. Sobre la introducción de la expresión en la literatura cristiana, vid. Congar, I. M–D., *«Ius divinum»,* cit., 108, nota 3.

Para la tradición jurídica cristiana, como es sabido, el concepto de Derecho no es un concepto que se encuentre aislado, sino que forma parte de un sistema orgánico que tiene que ver con la estructura de lo real, tal como ha sido creada por Dios; la realidad se encuentra estructurada en una serie de relaciones de orden cuyo principio unificador tiene carácter teleológico: el Universo está dotado de un orden cuyo fin último es el mismo Dios; un análisis detallado de la realidad conduce a descubrir una jerarquía de fines y de bienes subordinados al último fin, y causante, a su vez, de los diversos órdenes parciales que existen en el Universo. El concepto de Derecho queda situado así en el contexto del orden universal y, por tanto, muy relacionado con las nociones de fin y de orden[8].

El siguiente paso consiste en distinguir la noción de Derecho· de otras nociones afines, tales como las de Ley o de Justicia, cosa que se plantea también la filosofía cristiana tradicional y la doctrina jurídica que en ella se apoya. Se distingue, efectivamente, entre Ley y Derecho, y buena prueba de ello son los tratados clásicos diferenciados *«De legibus»* y *«De iustitia et iure»*[9]. Mientras que la noción de ley expresa un orden general (la *«ordinatio rationis ad bonum commune»*)[10], que tiene carácter de causa ejemplar o modelo para el orden jurídico, la noción de Derecho se refiere más bien a un orden concreto que se presenta como un efecto de la ley, en la medida en que ésta crea vínculos entre personas y se convierte en orden eficaz de conductas. A su vez, el Derecho es concebido como objeto de la Justicia[11], y ésta como orden real basado en el criterio de la igualdad al medir las relaciones externas e intersubjetivas entre las personas de una sociedad[12].

8. Sobre la idea de fin puede verse: Garrigou Lagrange, R., *Le realisme du principe de finalité,* París, 1932. Sobre la noción de orden y sus implicaciones jurídicas vid.: Renard, G., *El Derecho natural y el orden universal;* en *Introducción filosófica al estudio del Derecho, III,* Buenos Aires, 1947; Marcus, H., *Die Idee des Ordo,* en «Archiv für Rechts–und Sozialphilosophie», 41-4 1954-1955, 562, ss.: Reimer, W., *Zum Begriff des Ordungsgefüges in Natur–und Rechtswissenschaft,* en «Archiv für Rechtsund Sozialphilosophie», 44-1 1958, 65 ss., Corts Grau, J., *Los conceptos cristianos de verdad, justicia, amor y libertad y su conexión con la paz y el orden,* en *«Los humanismos y el hombre»,* Madrid, 1967, 177 ss., Rief, J., *Der Ordobegriff des jungen Augustinus,* Padeborn, 1962.

9. Como ejemplo típico están las cuestiones «*De Legibus*» (I–II, qq. 90-108) Y «*De iustitia et iure*» (II–II, qq. 47-79) de la *Summa Theologiae,* de Santo Tomás, que han servido de base para el comentario clásico de la Escolástica posterior.

10. S. Th. I–II, q.90, a.4 in c.

11. S. Th.II–II, q.47, a.1.

12. Sobre las relaciones entre las nociones de ley, justicia y derecho, puede verse Olgiati, F., *Il concetto di giuridicitá in San Tommaso d'Aquino,* Milano, 1943; especialmente, los cap. IX. XI Y XII. Más recientemente, Hervada, J., *Introducción crítica al Derecho Natural,* Pamplona, 1981, especialmente, 15-52 y 131-139.

Van apareciendo así las notas que diferencian al orden jurídico de otros órdenes normativos, tales como el orden moral[13], y se va perfilando el significado de los conceptos jurídicos fundamentales: la leyes concebida como la norma o regla del Derecho (*«aliqualis ratio iuris»)* y el concepto de Derecho es reconducido al concepto de justicia (*«id quod iustum est»*), convirtiéndose en el objeto (*«ipsa res iusta»*) de un orden de justicia[14].

En este marco doctrinal, el *Ius Divinum* aparece unas veces referido a la ley (la ley divina cuyo autor es Dios y que ordena, como veremos, tanto las relaciones del orden natural –*lex naturae*– como las del orden sobrenatural –*lex Gratiae*–) y otras al Derecho (conjunto de instituciones cuyo autor es también Dios y que son reguladas por la *lex naturae* –v.g. el matrimonio– o por la Lex Gratiae –v.g. los Sacramentos, o el Primado de Pedro en la Iglesia, como determinación de la Ley de Gracia para la comunidad eclesiástica–). En este segundo caso, el *Ius Divinum* se manifiesta como orden jurídico concreto, en la medida en que la ley divina natural o positiva tienen vigencia y eficacia, constituyendo vínculos jurídicos y relaciones de justicia en la sociedad natural y en la Iglesia. Pero tanto en un caso como en otro, ya se lo considere como ley o como Derecho, se trata de un *orden* cuyo autor es Dios, que incide a la vez en el plano de la naturaleza o en el de la Gracia, y que está dotado de todas las notas características de lo jurídico[15]. Todo ello se manifiesta con más claridad al considerar el contenido del *Ius Divinum.*

2. El contenido del Derecho Divino

Como todo orden, el orden jurídico establecido por la Ley divina se constituye por relación a un fin, que hace, a la vez, de principio de ese orden. En el con-

13. El Derecho se refiere a un débito externo e intersubjetivo, basado en la igualdad y dotado de coercibilidad, Vid., por ejemplo Olgiati, F., *Il concetto di giuridicitá in San Tommaso d'Aquino,* cit., cap. XIV.

14. La acepción subjetiva del Derecho (derecho subjetivo) es más secundaria que la objetiva (que es la más clásica, y considera al Derecho como efecto real de la ley, constitutivo de un orden concreto y singular) y deriva en cierto modo de ella, como la otra cara de la moneda. La acepción normativa del Derecho (el derecho como norma) viene a identificarse con el concepto de ley.

En todas estas acepciones, el Derecho aparece como un adjetivo sustantivado *(«id quod iustum est»),* reconducible al concepto de justicia como orden de igualdad que regula imperativamente las relaciones externas e intersubjetivas en la comunidad. Vid. sobre la misma cuestión: Hervada, J., *Introducción crítica al Derecho Natural,* cit., 39-50.

15. Como veremos después, tanto el derecho natural como el divino positivo necesitan la mediación de la autoridad y del derecho humano –la positividad propia de este derecho– para convertirse en derecho vigente y eficaz. Es una consecuencia natural, si se tiene en cuenta que la alteridad o intersubjetividad es una nota esencial del Derecho. El Derecho divino está destinado a regular un orden de personas que viven en sociedad, y por tanto no puede faltarle la positividad producida por la mediación de una autoridad humana, necesaria en toda sociedad.

texto doctrinal de la tradición cristiana se distinguen dos planos de la realidad que dan lugar a los dos tipos de orden existentes: el orden natural y el orden sobrenatural. Ambos órdenes se constituyen por referencia a los fines propios de la Naturaleza y de la Gracia. La división del Derecho Divino en Derecho Divino natural y Derecho Divino positivo se corresponde con las dos clases de orden citados, según tengan su principio, respectivamente, en la Naturaleza, o en la Gracia[16].

El Derecho Divino natural encuentra su fundamento en la naturaleza. La expresión naturaleza puede referirse a la naturaleza física, en general, como cuando se habla de Ley natural en sentido amplio, incluyendo en ella todas las leyes naturales físicas, tanto aquellas que rigen el mundo de los seres vivos como las que gobiernan el universo de los seres inertes. Pero si se habla de Derecho natural, en sentido estricto, el término naturaleza se refiere principalmente a la naturaleza humana y, todavía más en concreto, a aquella región de la naturaleza humana que es susceptible de regulación jurídica por estar dotada de todas las dimensiones de la juridicidad (conducta externa, intersubjetiva, coercible, etc.)[17].

El método clásico para conocer el contenido de la Ley natural y del Derecho natural ha sido el análisis de la estructura de la naturaleza humana para descubrir sus fines y, como consecuencia, el orden que de ellos depende. Las *inclinationes naturae* manifiestan la radical ordenación de las potencias humanas hacia su objeto y fines propios, y su individuación permite establecer el contenido del orden humano natural. Para conocer esas inclinaciones basta la inteligencia y la razón, especialmente en su dimensión práctica (la sindéresis y la *recta ratio* de la que hablan los clásicos). El Derecho natural queda circunscrito a aquella parte de la Ley natural que regula la sociabilidad humana según se manifiesta a la razón del hombre. Su contenido viene dado por una serie de principios que han encontrado diversas formulaciones históricas, pero todas ellas son reconducibles a las inclinaciones esenciales de la naturaleza social del hombre (v.g. *honeste vivere, alterum non laedere, ius suum cuique dare*, etc., recogidos en la Bula *Rex Pacifícus* de Gregorio IX, pero tomados en realidad del Derecho romano). A partir de estos principios, la razón extrae las consecuencias que formarán el contenido concreto del Derecho natural (el principio de no hacer daño a los demás, tiene

16. Esta distinción, recogida en el Código de Derecho Canónico (v. g. cánones 27,1 y 1529-1º), se hace clásica al menos a partir de Santo Tomás, que distingue entre aquellas cosas que son «*naturaliter iusta*», y aquellas otras que son justas «*institutione divina*»: «*Unde etiam ius divinum per haec duo distingui potest, sicut et ius humanum. Sunt enim in lege divina quaedam praecepta quia bona, et prohibita quia mala: quaedam vera bona quia praecepta, et mala quia prohibita*». S. Th. II–II, q.57, a.2 ad 3.

17. Vid. por ejemplo, Hervada, J., *Introducción crítica al Derecho Natural*, cit., 17l.

como consecuencia la prohibición de matar a un inocente, y, por tanto, a Ticio o Cayo en el supuesto de que lo sean)[18].

El Derecho natural forma parte del Derecho Divino, por ser Dios el Creador de la naturaleza (también de la naturaleza humana y de su razón) y, por tanto, el autor del orden natural. Este orden divino para el mundo es el que rige en primera instancia a la comunidad natural de los hombres y a las diversas sociedades concretas por ellos instituidas (por medio de pactos y contratos, o por actos jurídicos de diverso tipo). Sin embargo, este orden ha sido objeto también de la Revelación de Dios (los Diez Mandamientos), e incluso ha sido asumido en el orden sobrenatural en la medida en que la Gracia no destruye la Naturaleza. De ahí que Graciano pudiese hablar del *Ius naturae* como aquel que *«in Lege et Evangelio continetur»*[19], y que el Código de Derecho Canónico se refiera en distintas ocasiones al Derecho Divino, sea natural, sea positivo, y otras muchas al sólo Derecho natural, usando diversas expresiones *«natura sua»*, *«iure naturae»*, etc.) que ponen de manifiesto su incidencia en el ámbito jurídico de la Iglesia.

El *Ius naturae* es, por tanto, no sólo elemento integrante o una de las partes de las que consta el *Ius Divinum*, sino también una de las dimensiones del *Ius Divinum Ecclesiae*, incidiendo así en el orden sobrenatural e integrándose en la *Lex Christi* para su Iglesia. La *Lex Naturae* funciona entonces como un presupuesto para la *Lex Gratiae,* puesto que *Gratia non tollit naturam*, ni Cristo vino a derogar la Ley sino a cumplirla y llevarla a su plenitud[20].

El Derecho Divino positivo, a salvo todo lo anteriormente dicho, tiene su fundamento en la Gracia. Como antes la Naturaleza, la Gracia es entendida aquí como principio de orden y, en concreto, como principio de orden jurídico. ¿De qué orden jurídico se trata? Evidentemente, del orden jurídico para la Iglesia. La Gracia es, entre otras cosas, un principio de orden sobrenatural, orden que se manifiesta también en el plano del Derecho. Si la Gracia es el principio constituyente del orden sobrenatural, tiene que ser también radicalmente el principio fundamental del orden jurídico de la Iglesia, puesto que ésta es esencialmente una comunidad de Gracia que se manifiesta también externamente como una institución de salvación. La *Lex Gratiae* produce así vínculos internos y externos, que unas veces se manifiestan en la esfera interior de las conciencias y otras

18. Ibídem. 144-146.

19. Este texto de Graciano es interpretado por Santo Tomás en el sentido propuesto: Santo Tomás advierte que en la Ley y el Evangelio se contienen otras cosas además del Derecho Natural *«cum multa tradantur ibi supra naturam»*, pero también se contiene allí toda la ley natural *«quia ea quae sunt de lege naturae, plenarie ibi traduntur»*. S. Th. I–II, q.94, a.4, ad 1.

20. Mat 5, 17. *«Ius autem divinum quod est ex gratia non tollit ius humanum quod est ex naturali ratione»*. S. Th. II–II, q.10. a. 10. Vid también S. Th. I–II, q. 100, a.1; q.107, a.2.

también en el fuero externo, dando lugar a un auténtico *Ius Gratiae* o Derecho del orden sobrenatural. Aunque el *Ius Gratiae* no agota todas las consecuencias de la Gracia como principio del orden sobrenatural (el orden que afecta a la esfera interior de la conciencia produce sólo obligaciones morales, pero no vínculos jurídicos), es evidente que aquellas otras que se refieran a la esfera externa de la comunidad pueden dar lugar a vínculos jurídicos, siempre que posean las notas características del Derecho[21]. A estos efectos jurídicos de la Gracia es a lo que alude la citada expresión *Ius Gratiae*, correlativa a la más amplia de *Lex Gratiae* con la que pueden designarse todos los efectos (sean morales o jurídicos) que la Gracia produce como principio del orden sobrenatural.

¿Qué efectos jurídicos puede producir la Gracia? Para conocerlos basta que consideremos, como hace la tradición cristiana, la Gracia en su causa y la Gracia en sus efectos. Las causas de la Gracia son los sacramentos (signos sensibles que causan la Gracia) y los efectos de la Gracia son las virtudes (hábitos sobrenaturales infusos que ayudan a bien obrar). La *Lex Gratiae* causante del orden sobrenatural se descompone así en una *Lex Sacramentorum* y en una *Lex virtutum*. Los Siete Sacramentos instituidos por Cristo y las virtudes sobrenaturales que producen en quienes los reciben (la Fe que obra por la Caridad y que da lugar a una *Lex fidei* y a una *Lex Caritatis*) son también principios del orden sobrenatural, con consecuencias que se manifiestan asimismo en el ámbito del Derecho[22]. ¿De qué consecuencias se trata? Obviamente, de aquellas que afectan al plano de la socialidad en el orden sobrenatural. Estas consecuencias son las que permiten hablar de un *Ius Sacramentorum* y de un *Ius Virtutum* (*Ius fidei* y *Ius caritatis*), y referirse al fundamento sacramental del Derecho de la Iglesia[23].

El *Ius Sacramentorum* se basa en que en la estructura del sacramento, como signo externo administrado a un sujeto por un ministro en nombre de la Iglesia o con la intención de hacer lo que hace la Iglesia, se encuentran los elementos necesarios y suficientes para constituir Derecho. Pero no sólo esto, sino que la institución de los Sacramentos por Cristo, como los medios ordinarios para causar la Gracia en la comunidad eclesial y destinados a ser administrados perpetuamente en el seno de la Iglesia, es ya un acto fundacional de carácter jurídico, pues es la expresión de una Voluntad Fundacional de Cristo que tiene carácter

21. S. Th. I–II, q.108, a.1 y 2.

22. Ibídem. Un resumen del contenido de la Ley Nueva instituida por Cristo se encuentra en el siguiente pasaje de Tomás de Aquino: «*Lex Nova quae est Lex libertatis est contenta praeceptis moralibus naturalis legis et articulis fidei et sacramentis gratiae; unde et dicitur lex fidei et lex gratiae, propter determinationem articulorum fidei el efficatia sacramentorum*». *Quodl.*, 4. 13.

23. «*Fundamentum cuiuslibet legis in sacramentis consistit*». In IV Sent. d.VII, q.1, a.1 ad 1.

normativo y vinculante para todos los miembros de la Iglesia. Ello es así de tal manera que la Iglesia sabe que cualquier regulación autoritaria sobre los signos sacramentales debe respetar siempre los elementos constitutivos del Sacramento tales como fueron instituidos por Cristo (*«salva eorum substantia»*) del Concilio de Trento[24]. Para el Derecho Canónico es fundamental tener en cuenta el papel que desempeña la Voluntad Fundacional de Cristo como factor constitutivp de la Iglesia y, en concreto, del *Ius Divinum Ecclesiae*. Esta función constituyente de la Voluntad Fundacional de Cristo es también un elemento diferenciador del orden jurídico (de Derecho Constitucional) de la Iglesia respecto al de la sociedad civil.

Efectivamente, como ocurre en el *Ius Naturae*, también las consecuencias jurídicas de la *Lex Gratiae* deben ser determinadas y especificadas mediante acatos de voluntad que establezcan los imperativos concretos a que dan lugar. En el orden natural, para la sociedad civil, este es el papel que corresponde al Derecho humano establecido por las diversas instancias de la sociedad, desde aquellas que ejercitan el poder constituyente, hasta las que ejercitan las competencias que el poder constituyente les atribuye a través de la Constitución o de las Leyes Fundamentales correspondientes (determinar el contenido del Derecho es una de las funciones básicas de la autoridad social). En el orden sobrenatural esta función determinadora del Derecho divino ha sido ejercitada en primer lugar por la Voluntad Fundacional de Cristo[25]. Así ha ocurrido mediante la institución de los sacramentos (por la que se determinan los medios ordinarios para producir la Gracia) y estableciendo los modos fundamentales para vivir las virtudes, a fin de que los frutos de la Gracia se vivan ordenadamente en la comunidad eclesial («hágase todo con decoro y con orden» como afirmaba San Pablo en I Cor 14, 40 al referirse al ejercicio de los carismas en la Iglesia)[26]. El mismo Cristo instituye los órganos y cauces fundamentales para ejercer la autoridad en la Iglesia y confía a la autoridad jerárquica la misión de determinar en el futuro, de acuerdo con las circunstancias, las bases jurídicas fundamentales (el Derecho Divino) sobre las que reposa la Constitución de la Iglesia.

Existe, por consiguiente, una relación muy estrecha entre el *Ius Gratiae* y la Voluntad Fundacional de Cristo: las primeras determinaciones de la Gracia

24. Concilio de Trento, Ses. XXI, cap. 2. Denzinger, n. 1728.

25. La Constitución de la Iglesia ha sido instituida por la Voluntad Fundacional de Cristo; en este sentido, Cristo es el primer legislador para la Iglesia, es la Norma Fundamental del Derecho Canónico; la Ley de Cristo para la Iglesia determina, antes que cualquier otro legislador humano y con carácter constitutivo e irrevocable, las consecuencias jurídicas de la Gracia y establece positivamente las instituciones del *Ius Divinum Ecclesiae*, cuyo núcleo principal son los sacramentos.

26. S. Th. I–II, q.108, a.2.

como principio productor de consecuencias jurídicas son establecidas por el mismo Cristo mediante la institución de los Sacramentos (*Ius Sacramentorum*) y la regulación de las virtudes (*Ius fidei* y *Ius caritatis*). Al establecer estas determinaciones jurídicas que son consecuencia de la Gracia, se tiene en cuenta también el *Ius Naturae* (se ve muy claro en la institución de los Sacramentos del Orden y del Matrimonio, los dos sacramentos sociales por antonomasia, que tienen en cuenta la necesidad de la autoridad en la sociedad –de ahí la institución de una jerarquía de orden– y dejan a salvo las exigencias naturales de la institución matrimonial o incluso se valen de ellas como signos del Sacramento). El núcleo principal del *Ius Divinum Ecclesiae* se compone, pues, de estos tres elementos, tal como son determinados por la Voluntad de Cristo, es a saber: los Sacramentos, las Virtudes, y el Derecho Natural en cuanto asumido por el orden sobrenatural.

En resumen, el *Ius Divinum Ecclesiae* tiene por contenido las consecuencias jurídicas de la L*ex Gratiae* (las que estamos designando con la expresión *Ius Gratiae*), o lo que es lo mismo, es el Derecho que regula las consecuencias jurídicas que los Sacramentos, las Virtudes, y el Derecho Natural tienen en la Iglesia, tal como son determinados, de modo fundamental y definitivo, por la Voluntad Fundacional de Cristo. Es, por tanto, la *Lex Christi* para la Iglesia, o mejor aún, las consecuencias jurídicas de la *Lex Christi* para la Iglesia. En este sentido es la Norma Fundamental del ordenamiento Canónico y la fuente de validez de toda la normativa eclesiástica. El Derecho Divino es quien legitima a la autoridad en la Iglesia y, por lo tanto, a todo el Derecho humano que de la autoridad procede.

Con esta última conclusión pasamos ya al tercer punto de estas precisiones.

3. Derecho Divino y Derecho humano

El Derecho es un orden que sólo tiene sentido en el seno de la sociedad y que implica, por tanto, la existencia de la sociedad (*ubi ius, ibi societas*). Esto mismo ocurre en el caso del Derecho Divino. De no ser así no podría hablarse en realidad de *Ius Divinum* y este concepto perdería su razón de ser. Por el contrario, la tiene, porque la Iglesia es sociedad precisamente por haber sido instituida así por Cristo y, por tanto, necesitada también de una autoridad y de un Derecho positivo humano. El Derecho Divino constituye a la Iglesia y determina su orden jurídico fundamental y, por ello mismo, instituye una autoridad en la Iglesia encargada de regular todas las consecuencias concretas de ese orden divino básico. La función jurídica de la Autoridad Eclesiástica consiste, pues, en esto: determinar las consecuencias del *Ius Divinum*. Este es el sentido de todo el ordenamiento Canónico.

Si la Autoridad y las normas jurídicas que de ella proceden se legitiman y encuentran la fuente de su validez en el *Ius Divinum*, ello quiere decir que no es el *Ius Divinum* el que debe ser reconocido por el Derecho humano, sino más bien al revés: el Derecho humano debe ser siempre congruente con el Divino. No puede hablarse, pues, de una canonización del Derecho divino por el Derecho humano si ello significase que el Derecho Divino debe ser legitimado o justificado por el humano. Al revés, es el Derecho divino quien justifica y legitima al Derecho Canónico humano. Pero hay un sentido justo de la expresión «canonización del Derecho divino»: si con ello se entienden estas dos cosas: 1.ª) Que a la Autoridad eclesiástica se ha confiado la custodia del Derecho Divino y su proclamación ante la comunidad; 2.ª) Que el Derecho divino, tanto natural como positivo, necesita ser determinado en sus consecuencias concretas teniendo en cuenta las circunstancias implicadas en los casos y situaciones que ordena. Y esta es, efectivamente, la función del Derecho Canónico instituido por la Autoridad eclesiástica. Por consiguiente, la canonización del Derecho" divino por el Derecho Canónico no es un acto de reconocimiento de carácter «constitutivo», sino, en todo caso, un reconocimiento meramente «declarativo», como corresponde al papel que la Autoridad eclesiástica desempeña con respecto a las cosas de institución divina o reveladas por Dios[27]. La imperatividad y obligatoriedad del Derecho divino no procede de su reconocimiento por el Derecho humano, sino de su institución y promulgación por Cristo y los Apóstoles como enviados suyos (por tanto, en su Nombre y con su Autoridad).

Consecuencia de lo dicho es que la juridicidad del Derecho divino no deriva de su canonización humana sino de la Voluntad de Cristo, imperativa y obligatoria para todos en la Iglesia, y cuyas normas son válidas, no por su aceptación o por su eficacia mayor o menor en la Iglesia, sino por haber sido promulgadas por Cristo a perpetuidad como *conditio sine qua non* para la existencia misma de la Iglesia: la derogación de estas normas del Derecho Divino supondría, pues, la extinción de la Iglesia, o, en todo caso, su transformación en una sociedad distinta.

Sin embargo, aunque la validez del Derecho Divino no depende del Derecho humano (se trata justamente de lo contrario), sí puede depender de él su eficacia. La eficacia del Derecho Divino necesita de la mediación del Derecho humano por varias razones: a) para su conservación y custodia contra todo lo que pu-

27. Por lo dicho en el texto puede verse en qué sentido se diferencia esta noción de la «*canonizatio*» de aquella otra sostenida por Del Giudice en su famoso estudio sobre el tema. Vid. Del Giudice, V., *Canonizatio*, Padova, 1939. Separata de «*Scritti giuridici in onore di Santi Romano*», 6.

diese atentar a su existencia, integridad y correcta interpretación; b) para extraer las consecuencias concretas para cada caso y situación, dado que el Derecho es un orden concreto que regula relaciones singulares en muy variadas circunstancias; c) para dotarlo de los medios de tutela que garanticen su cumplimiento y aplicación, adoptando incluso las medidas coercitivas que sean necesarias para su plena efectividad y vigencia (sanciones penales y procedimientos de ejecución coactivos, siempre que sean congruentes con la naturaleza de la Iglesia). La positividad y coactividad que son propiedades esenciales del Derecho (de todo Derecho) no pueden faltarle tampoco al Derecho Divino: vienen exigidas por su naturaleza en orden a la vigencia y eficacia de sus normas, dada la condición histórica de la Iglesia y la condición también defectible de sus miembros, que necesitan no sólo de la *vis directiva* sino también de la *vis coactiva* de la norma jurídica, para que su actividad social se adecúe al bien común de la Iglesia. Por este motivo, el Derecho Divino exige la positividad y coactividad que le presta el Derecho humano. Este es el sentido de la canonización y el de toda codificación canónica.

Las relaciones entre Derecho divino y Derecho humano no pueden plantearse, en consecuencia, como un dualismo normativo que implicase una separación de ambos órdenes. Como ocurre entre el Derecho natural y el positivo, el Derecho divino y el humano se exigen mutuamente en el orden Canónico y están complicados, de tal manera que, a veces, puede resultar difícil establecer la frontera entre uno y otro. Existe una continuidad natural entre Derecho Divino y humano en la Iglesia que fundamenta la unidad de todo el ordenamiento Canónico, pues una norma canónica no puede ser válida si no puede reconducirse a la Norma Fundamental del Derecho Canónico, esto es, al Derecho Divino. Derecho Divino y humano no son dos órdenes separados del Derecho de la Iglesia, sino dos órdenes unidos, o mejor, un sólo orden jurídico, aunque puedan distinguirse por la fuente de su producción y por la diversa autoridad de la que proceden; pero también ocurre así en otros ordenamientos jurídicos, en los que las diversas instancias de producción normativa no rompen la unidad y coherencia del ordenamiento, que resta incólume por medio de las sucesivas delegaciones de unas instancias en otras y de unas normas en otras[28].

28. Para entender mejor cuanto llevamos dicho acerca de la unidad entre derecho divino y humano, y acerca de la continuidad y complementariedad entre ambos derechos, así como sobre el sistema de garantías para la plena efectividad del Derecho, pueden resultar útiles las páginas que Hervada dedica a estas mismas cuestiones al plantearse las relaciones entre derecho natural y derecho positivo. Vid. Hervada, J., *Introducción crítica al Derecho Natural,* cit., 176-179.

5
DERECHO DIVINO Y DERECHO CONSTITUCIONAL CANÓNICO*

Sumario: 1. El Derecho Constitucional como una parte o rama de la ciencia jurídica. 2. Derecho divino primario y secundario. La función Constitucional del Derecho divino en relación con el Derecho humano. 3. La estructura fundamental de la Iglesia y su forma concreta de organización. Derecho Constitucional Canónico y Derecho meramente eclesiástico. 4. El principio de Constitucionalidad y la primacía del Derecho Constitucional Canónico.

El 25 de enero de 1983, el Papa Juan Pablo II promulgaba el Código de Derecho Canónico para la Iglesia latina, mediante la Constitución apostólica «*Sacrae disciplinae leges*». Han pasado 25 años de aquel acontecimiento y este aniversario es una buena ocasión para reflexionar sobre el Código y su aplicación en la Iglesia, y se presta también a reflexionar sobre la situación actual del Derecho Canónico. En mi caso, quisiera ceñirme a la cuestión del Derecho Constitucional Canónico.

Como es sabido, durante los años en que se llevó a cabo la reforma del Derecho Canónico que condujo a la promulgación del Código actual, en paralelo a esa reforma, se procedió también a la elaboración de un proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia, con el que se quiso tratar de formalizar un Derecho Constitucional Canónico que fuese válido, no solo para la Iglesia latina sino también para la Iglesia universal[1]. En los últimos esquemas de ese proyecto aparecían unas «*Normae finales*», que incluían una serie de cánones en los que trataba de

(*) Publicado en J. I. Arrieta (a cura di), *Ius divinum*, Atti del XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico, Venezia 2010, 223-237. Publicado también en Ius Canonicum XLIX, 97 (2009) 195-212.

1. Sobre las vicisitudes por las que atravesó este Proyecto, puede verse D. Cenalmor, *La Ley Fundamental de la Iglesia. Historia y análisis de un proyecto legislativo*, Pamplona 1991.

introducirse también en el Derecho Canónico la llamada técnica Constitucional[2]. En ellos se establecía el carácter prevalente de esa ley Fundamental de la Iglesia en relación con las demás leyes y normas eclesiásticas. De este modo, el principio de prevalencia Constitucional, que es característico de esa rama de la Ciencia jurídica que se conoce como Derecho Constitucional, hubiese venido a caracterizar también al Derecho Constitucional de la Iglesia.

Por razones que no son ahora del caso, aquel Proyecto de Ley Fundamental para la Iglesia no llegó a promulgarse. Una parte de los cánones que figuraban en ese Proyecto se recogieron en los actuales Códigos de Derecho Canónico, tanto latino como oriental. Sin embargo, no fueron recogidos esos cánones de las «*Normae finales*», en los que se introducía el principio de prevalencia Constitucional[3].

Así las cosas, cabe preguntarse hasta qué punto puede hablarse hoy de un «Derecho Constitucional Canónico» en un sentido similar al que se habla de Derecho Constitucional en el ámbito del Derecho del Estado[4]. A mi juicio, para que esto sea posible actualmente, hay que poner en relación el Derecho Constitucional Canónico con el llamado «*ius divinum Ecclesiae*». Si hoy se puede hablar de un Derecho Constitucional Canónico es porque el Derecho divino realiza en la Iglesia una función Constitucional. A esto es a los que quisiera referirme en las páginas que siguen a continuación, comenzando por aludir brevemente a la noción de «Derecho Constitucional» que se utiliza en el ámbito de la actual Ciencia Jurídica.

1. El Derecho Constitucional como una parte o rama de la Ciencia Jurídica

El Derecho Constitucional constituye hoy una rama importante de la Ciencia Jurídica en el ámbito del Derecho del Estado. Esta disciplina jurídica cuenta ya con una cierta tradición a partir del Constitucionalismo, ese movimiento políti-

2. Esas normas finales pueden verse en Ibídem. Apéndice IV, 501-502.

3. La relación de cánones que se recogieron en el Código de derecho canónico latino puede verse en Ibídem, Apéndice V, 503-505.

4. Entre los autores que caracterizan al Derecho Constitucional como un derecho que prevalece sobre el resto del derecho canónico destaca Javier Hervada, quien afirma que «el derecho constitucional es aquella parte del orden jurídico que prevalece sobre el resto; sin este rasgo, hablar de Derecho constitucional es muy poco significativo –apenas un título– y, en definitiva, poco o nada añade al tratamiento del Derecho canónico». Cfr. J. Hervada, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, Pamplona [2]2001, 20.

co y jurídico que se ha ido configurando en el Estado Contemporáneo desde los siglos XIX y XX. El Derecho Constitucional se ha ido elaborando, a su vez, como aquella parte de la Ciencia Jurídica que estudia el Derecho correspondiente a la Constitución del Estado.

Como la mayor parte de los Estados actuales cuenta con una Constitución de carácter formal –Ley Fundamental–, la configuración de una rama del Derecho a partir de esa materia legislativa no encuentra especial dificultad. El contenido material viene determinado por el conjunto de cuestiones que forman parte de la Constitución o Ley Fundamental (cuya composición se basa ordinariamente en una declaración de derechos, a la que suele seguir una parte orgánica, en la que se desarrolla la organización básica del Estado, con sus correspondientes poderes legislativo, ejecutivo y judicial, etc.).

Además de ese estudio de la Constitución en sentido material, el Derecho Constitucional añade después el análisis de los correspondientes procedimientos y recursos jurídicos para que la Ley Fundamental pueda tener plena eficacia jurídica, teniendo en cuenta que ocupa el primer rango de la jerarquía normativa como Ley de leyes. Junto a los Tribunales ordinarios, la técnica Constitucional ha creado un órgano especial –Tribunal Constitucional– que es el competente para juzgar a cerca de la Constitucionalidad de todas las leyes y normas jurídicas, y que conoce de los recursos específicos que hacen al caso. De esta manera, el principio de Constitucionalidad (de prevalencia Constitucional) o de legalidad se hace efectivo en todo el ordenamiento jurídico, y se convierte en un principio clave para caracterizar también al Derecho Constitucional en cuanto Ciencia o rama científica del Derecho.

Como decíamos más arriba, las cosas no son así en el Derecho Canónico. Después del Concilio Vaticano II y, con ocasión de la reforma del Derecho Canónico para adaptarlo a la doctrina conciliar, se estuvo elaborando ese proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia al que nos referíamos. Pero ese proyecto legal no llegó a convertirse finalmente en una realidad legislativa.

Si esa Ley Fundamental de la Iglesia hubiese sido promulgada, existiría hoy un Derecho Constitucional Canónico de carácter formal, con validez superior al resto de las normas jurídicas, tal y como en las últimas redacciones de aquel proyecto se establecía. Pero, una vez descartada la promulgación de aquel Proyecto legislativo, solo puede hablarse de un Derecho Constitucional Canónico en sentido material, cuya validez superior al resto de las normas canónicas ha de plantearse de otra manera y con otro fundamento. Esta es la cuestión a la que hay que responder si se quiere seguir hablando del «Derecho Constitucional Canónico» como una parte del ordenamiento jurídico de la Iglesia, y también

como una rama de la Ciencia Canónica homologable a lo que en la cultura jurídica actual se entiende por Derecho Constitucional[5].

2. Derecho divino primario y secundario. La función Constitucional del Derecho divino en relación con el Derecho humano

Teniendo en cuenta lo que se acaba de decir, a mi juicio, para que pueda hablarse hoy de un Derecho Constitucional Canónico que prevalece sobre el resto del ordenamiento Canónico, es necesario considerar cuál es su relación con el Derecho divino. La razón de esa prevalencia solo puede estar en la función Constitucional que, por su propia naturaleza, desempeña el Derecho divino en cuanto que es constituyente y constitutivo de todo el Derecho humano meramente Eclesiástico. En este sentido, el Derecho Constitucional Canónico ha de ser concebido como el conjunto de principios de Derecho divino que son intrínsecos al misterio de la Iglesia –aquellos que forman parte de la estructura fundamental de la Iglesia– y también, a la vez, aquellas normas fundamentales que derivan virtualmente de ellos[6].

5. Sobre el concepto de Derecho Constitucional Canónico desde diferentes perspectivas, puede verse, por ejemplo, S. Gherro, *Diritto Canonico. I.– Diritto Costituzionale*, Padova [3]2006; W. Aymans – K. Mörsdorf, *Kanonisches Recht*, I, Paderborn 1991, 1-38; J. Hervada, *Derecho Constitucional y Derecho de las asociaciones*, en «*Das Consoziative Element in der Kirche*» (Akten des VI Internationalen Kongresses für Kanonisches Recht) St. Ottilien, 1989, 99-116; E. Molano, *El Derecho Constitucional tras la promulgación del Código de 1983*, Ius Canonicum XXIX, 57 (1989) 359-369; P. Lombardía, *Costituzione della Chiesa*, en Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. X, Roma 1988; U. Mosiek, *Verfassungsrecht der lateinischen Kirche*, I., Freiburg im Breisgau 1975; J. M. Örsy, *The probleme of the Constitutional law in the Church*, The Jurist 29 (1969) 29 y ss.; E. Bonnet, *De iure costitutivo seu potius fundamentalis Ecclesiae*, Apollinaris (1967) 123 y ss.; E. Fogliaso, *Il «Ius Publicum Ecclesiasticum» e il «Ius Constitutionale Ecclesiae»*, Salesianum 27 (1965) 425 y ss.

6. Hay un documento de la Santa Sede, que tiene gran interés en relación con la materia de la que se trata en este artículo. Me refiero al texto de la relación aprobada por la Comisión Teológica Internacional en 1985, con el título de «*Themata selecta de Ecclesiologia occasione XX anniversarii conclusionis Concilii Oecumenici Vaticani II*». El texto fue confirmado por el entonces Presidente de la Comisión, el Cardenal Ratzinguer, y, a continuación, fue aprobado por el Papa Juan Pablo II el 5 de octubre de 1985.

Como es sabido, el texto de la Comisión Teológica estudia algunos temas seleccionados, con objeto de profundizar en el estudio de la Constitución Conciliar sobre la Iglesia; especialmente aquellos que en el debate postconciliar sobre la Iglesia provocaron nuevas cuestiones y necesitaban ser aclarados y profundizados. En este estudio que realizo sobre el derecho constitucional canónico, que obviamente está hecho desde la perspectiva jurídica, me ha parecido interesante tenerlo en cuenta, pues considero que presta un buen soporte eclesiológico a la tesis que aquí sostengo.

Por lo que se refiere a la estructura fundamental de la Iglesia y a los principios jurídicos que derivan de ella, el documento de la Comisión Teológica Internacional afirma lo siguiente: «*Ex fundamentali extructura Ecclesiae ipsa principia derivantur quibus eius ordinatio et praxis canonica–iuridica intelliguntur… Ecclesia, utpote communitas visibilis et ordinatio socialis, necessario habere debet normas*

Después me referiré a la estructura fundamental de la Iglesia. Quisiera referirme ahora al Derecho divino en su relación con el Derecho Constitucional Canónico.

Respecto al tema del Derecho divino, las cuestiones que se pueden tratar son muy variadas y no es éste el momento adecuado para ello. En orden a lo que pretendemos ahora, bastará con tomar como punto de partida el tratamiento más clásico de esta cuestión, que está presente en la tradición canónica y –en un sentido más amplio y general– también en la tradición jurídica cristiana; para la concepción clásica y cristiana del Derecho, el Derecho divino es la expresión de un conjunto de principios que sirve de fundamento a todo el Derecho humano y, en particular, al Derecho Canónico[7].

Teniendo en cuenta este planteamiento, y poniéndolo en relación con esa función Constitucional del Derecho divino a la que antes nos referimos, dentro del Derecho Canónico habría que distinguir dos elementos: por una parte, los principios del Derecho divino propiamente dichos, y, por otra parte, las consecuencias canónicas fundamentales que están contenidas virtualmente en ellos. Se podría hablar así de un Derecho divino primario y de un Derecho divino secundario.

quibus exprimatur ipsa eius socialis et essentialis ordinatio…». Cfr. Commissio Theologica Internationalis, *Documenta (1969-1985),* Librería Editrice Vaticana 1988, 518.

7. En un artículo publicado hace ya algunos años intenté resumir los diversos aspectos que, a mi parecer, se pueden considerar en torno a la cuestión del derecho divino (naturaleza, contenido, relaciones con el derecho humano, etc.); para ello, procuré basarme en ese punto de vista de la tradición jurídica cristiana y de la tradición canónica. Vid. E. Molano, *Precisiones en torno al «Ius Divinum»,* Ius Canonicum XXII, 44 (1982) 783-796. Sobre otros aspectos implicados, como las relaciones entre el derecho divino natural y positivo, o las relaciones entre la *lex naturae* y la *lex gratiae*, puede verse J. Hervada, *La lex naturae y la lex gratiae en el fundamento del ordenamiento jurídico de la Iglesia,* en *Vetera et Nova. Cuestiones de derecho canónico y afines (1958-2004),* (2ª ed. remodelada), 717-732.

Entre la amplia bibliografía dedicada al derecho divino y a sus relaciones con el derecho humano, puede verse, por ejemplo, P. J. Viladrich, *El «ius divinum» como criterio de autenticidad en el Derecho de la Iglesia*, Ius Canonicum 31 (1976) 91-144; S. Berlingò, *Diritto divino e diritto humano nella Chiesa,* Il Diritto Ecclesiastico 106 (1995) 35-65; H. Pree, *The divine and the human of the «Ius Divinum»*, en *«In diversitate unitas»*, Monsignor W. Onclin 1997, Leuven 1997, 23-41; R. Sobanski, *Immutabilità e storicità del diritto della Chiesa: diritto divino e diritto humano,* en Ius Ecclesiae 9 (1997) 19-43; G. Lo Castro, *Il mistero del diritto*, Torino 1997.

Por otra parte, la cuestión del derecho divino ha sido también muy estudiada desde el punto de vista teológico. En este sentido, son ya clásicos los artículos de Rahner y de Congar. Vid. K. Rahner, *Sobre el concepto de «ius divinum» en su comprensión católica,* en *Escritos de Teología*, V, Madrid 1964, 247-273.; I. M. D. Congar, *Ius divinum,* Revue de droit canonique 28 (1978) 35-77. Puede verse también en C. J. Peter, *Dimensions of ius divinum in Roman Catholic Theology,* Theological Studies 34 (1973) 227-250; A. Dulles, *Ius divinum as an Ecumenical Problem*, Theological Studies 38 (1977) 688-697; T. I. Jimenez Urresti, *El Ius divinum. I. Noción, grados y lógica de su estudio,* Salmanticenses XXXIX, 1 (1992) 35-77; Id., *El Ius divinum: II. Su naturaleza e identificación por la lógica normativa,* Salmanticenses XL, 1 (1993) 299-342.

El Derecho divino primario estaría constituido por esos primeros principios o exigencias jurídicas que se contienen en el misterio de la Iglesia y que forman parte de su estructura fundamental. El Derecho divino secundario comprendería, a su vez, aquel conjunto de consecuencias jurídicas que están más inmediatamente relacionadas con esos principios y que pueden concluirse virtualmente de ellos –con esa necesidad lógica y moral que es propia de la razón práctica– a partir del razonamiento jurídico. En este sentido, los principios se comportan como premisas, a partir de las cuales se elaboran esas conclusiones. Por tanto, cuanto más próximas e inmediatas a los principios sean las conclusiones, más fácilmente se podrá ver la vinculación entre unas y otros[8].

Por otra parte, cuando hablo de consecuencias que proceden de los principios con una cierta necesidad lógica, me estoy refiriendo naturalmente a la Lógica jurídica, que es una lógica normativa; como es bien sabido, se trata de una lógica de lo razonable, una lógica propia de la razón práctica, que no procede por meras deducciones racionales –como lo hacen las ciencias meramente teoréticas, como las matemáticas– sino teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias en que las acciones se realizan.

Estas consecuencias jurídicas que llamo de Derecho divino secundario se pueden considerar, en parte, Derecho divino; en parte, Derecho humano. Son Derecho divino en cuanto se contienen –al menos virtualmente– en los principios de los que proceden, de modo semejante a como las conclusiones se pueden contener en las premisas. Son Derecho humano en cuanto que su elaboración y formalización requiere la mediación humana, principalmente a través de la Autoridad Eclesiástica competente.

Por su carácter constituyente y constitutivo de todo el Derecho Canónico humano, el Derecho divino desempeña una función Constitucional en la Iglesia. Esa función Constitucional es consecuencia de la naturaleza propia del Derecho divino y de las demás funciones que desempeña en relación con el Derecho

8. Estos principios y consecuencias canónicas fundamentales de los que hablo, por su propia naturaleza tienen un carácter general e indeterminado. Esta es la razón por la que los considero principios y normas fundamentales, más que normas jurídicas completas y perfectamente desarrolladas, pues estas últimas tienen ya en cuenta las circunstancias y los supuestos de hecho particulares, y pertenecen más bien al derecho eclesiástico o meramente eclesiástico. Aquellos, en cambio, se refieren a los fines esenciales –primarios o secundarios, según se trate– del ordenamiento canónico, aunque podrían referirse igualmente a medios que también sean necesarios y esenciales para la Iglesia, en cuanto sociedad que ha de llevar a cabo su misión en la Historia y necesita de unos medios determinados, entre los cuales se encuentra el propio derecho canónico y determinadas estructuras e instituciones. De todos ellos ha sido dotada por su Divino Fundador, pues no hay que olvidar que la Voluntad de Cristo para la Iglesia es el fundamento y como la sustancia del «*ius divinum*».

humano: el Derecho divino es el fundamento y el criterio interpretativo y supletorio de todo el Derecho meramente Eclesiástico, además de ser la cláusula–limite e infranqueable del Derecho humano. Por eso, el Derecho divino es lo constituyente y el Derecho humano es lo constituido[9]. A mi juicio, el Derecho Constitucional Canónico es sencillamente la expresión de esa función Constitucional del «*ius divinum Ecclesiae*»: el Derecho divino es Derecho Constitucional en cuanto que es constituyente del Derecho humano.

Pero ese carácter constituyente del «*ius divinum*» requiere, a su vez, la mediación humana para darle una determinada forma canónica tanto al Derecho divino primario como al secundario, y, sobre todo, para sacar todas las consecuencias contenidas en los principios del Derecho divino. Ahí es donde desempeña un papel primordial la autoridad eclesiástica, en particular a través de la «*canonizatio*». A través de esa mediación humana, el Derecho divino se convierte en «Derecho Constitucional Canónico», que es Derecho divino y humano, a la vez, según lo antes expuesto.

En este sentido, el Derecho Constitucional hace como de puente entre el Derecho divino y el resto del Derecho humano (ese Derecho humano que podríamos llamar Derecho Eclesiástico o «meramente Eclesiástico», como diremos después). Ciertamente, el Derecho divino y el Derecho humano se pueden considerar como dos órdenes jurídicos distintos, pero no se pueden considerar como separados. Más bien son dos órdenes inadecuadamente distintos. El Derecho Constitucional Canónico es el fundamental vínculo de unión entre Derecho divino y humano, así como es también expresión de la función Constitucional del Derecho divino.

En síntesis, el Derecho Constitucional Canónico es, a la vez, Derecho divino y Derecho humano. Es Derecho divino en un doble sentido: a) en cuanto que

9. A este carácter «constituyente y constitutivo» del derecho divino, y, a su vez, al carácter «constituido» del derecho humano, se refieren autores que hoy podemos considerar clásicos de la llamada Escuela del Derecho Público Eclesiástico, como Cappello. Para este autor, el *ius publicum ecclesiasticum* es equivalente al *ius divinum,* mientras que el *ius privatum*, sería equivalente al *ius humanum.* Dejemos aparte esa identificación entre el derecho público de la Iglesia y el derecho divino, como así mismo la identificación que realiza entre derecho privado de la Iglesia y derecho humano, que era común a algunos autores de la época y que ahora no nos interesa (sobre la problemática que subyace en esta cuestión puede verse: E. Molano, «*La autonomía privada en el ordenamiento canónico*», Pamplona 1974). Lo que ahora nos interesa es lo que concluye, en coherencia con ese planteamiento, cuando afirma lo siguiente: «*ius publicum merito dici potest constituens sive constitutivum fundamentaliter. Ius privatum, in oppositione ad publicum, est ius constitutum*». Más adelante añade: «*Publicum est divinum; privatum, universi sumptum, est humanum. Publicum est fundamentum, fons, ratio privati, ideoque illud constituens, hoc constitutum appellatur*». Cfr. F. M. Cappello, *Summa iuris publici ecclesiastici*, (*editio quinta accurate recognita*), Romae 1943, 22.

lo son sus primeros principios; b) en cuanto que las consecuencias derivadas de esos primeros principios se encuentran contenidas virtualmente en ellos. A su vez, es Derecho humano también en un doble sentido: a) en cuanto que esos principios de Derecho divino requieren una formulación (una forma determinada) para su reconocimiento y su declaración auténtica, ya sea por vía de Magisterio, ya sea por vía de Gobierno y legislación canónica («*canonizatio*»); b) en cuanto que las consecuencias jurídicas que derivan de esos principios también requieren la correspondiente «canonización» y formalización para dotarlas de toda su plena efectividad jurídica. En esa doble tarea de «canonización», la Autoridad Eclesiástica competente puede ser ayudada también por la doctrina teológica y canónica.

En cuanto a la «*canonizatio*» del Derecho divino, como acto de la Autoridad Eclesiástica, es importante añadir que ese acto autoritativo no puede tener carácter constitutivo sino meramente declarativo. Es el Derecho divino el que es constituyente y constitutivo del Derecho humano y no al revés. En otras palabras, el Derecho divino es Derecho, tiene carácter jurídico y obliga jurídicamente ya antes de su «canonización; y lo es por su propia naturaleza, es decir, por sí mismo, en la medida en que es una exigencia intrínseca del Misterio de la Iglesia y de su Constitución divina, cualquiera que sea el modo en que sea conocido. Lo que el acto de la Autoridad hace es declararlo auténticamente y darle una determinada forma canónica, como antes decía. Pero, por su propia naturaleza, el Derecho divino tiene siempre carácter constituyente y constitutivo –por eso es Constitucional–, mientras que el Derecho humano es el Derecho propiamente«constituido» [10].

Dicho en otros términos, se puede decir también que el Derecho Constitucional Canónico es Derecho divino en cuanto a su sustancia, pero es simultáneamente Derecho humano en cuanto a su forma canónica, en virtud de la formalización operada por la «*canonizatio*» [11]. Así es como se manifiesta también esa

10. En este sentido, lo que se afirma en el texto sobre la «*canonizatio*» no coincide con otros planteamientos sobre esta cuestión, como el que está presente en el que fuera famoso artículo de Del Giudice. Para Del Giudice, que no logró superar así su planteamiento positivista del derecho canónico, el carácter jurídico y la obligatoriedad del derecho divino deriva de la autoridad eclesiástica, en cuanto que ésta es titular de la potestad de jurisdicción. Vid. V. Del Giudice, *Canonizatio*, en «*Scritti giuridici in onore di Santi Romano*», Padova 1940, 226.

11. También aquí hay que aclarar que esta distinción entre sustancia y forma canónica no coincide con el planteamiento de Del Giudice. Para este autor, que también distingue entre sustancia y forma en el derecho canónico, la juridicidad del derecho divino se identifica con su forma canónica, que es la que le da también su obligatoriedad. En este sentido, refiriéndose al derecho divino, afirma lo siguiente: «*la sua formalità o giuridicità, che la pone come norma irrefragabile di condotta nei raporti intercedenti tra i soggetti della potestà eclesiastica o tra quelli e questa, è nella statuizione positiva e*

inseparabilidad entre el elemento divino y humano del Derecho Canónico, al tratarse de dos órdenes inadecuadamente distintos, como antes decía.

3. La estructura fundamental de la Iglesia y su forma concreta de organización. Derecho Constitucional Canónico y Derecho meramente Eclesiástico

La distinción entre el Derecho divino primario y secundario nos ha servido para caracterizar la relación entre Derecho Constitucional Canónico y Derecho divino. Quisiera hablar ahora de la relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Eclesiástico o meramente Eclesiástico. Para ello me voy a referir a la estructura de la Iglesia, tratando de distinguir entre «la estructura fundamental de la Iglesia», de institución divina, y la que constituye la «forma concreta de organización» de la Iglesia –o también su «organización y figura concreta e histórica»–, de institución humana[12]. Esta distinción nos podrá servir para caracterizar esa relación entre el Derecho Constitucional Canónico y el Derecho humano meramente Eclesiástico. Comprobaremos de nuevo la función mediadora que el Derecho Constitucional Canónico realiza entre el Derecho divino y el Derecho humano, como puente de unión –a través de la «*canonizatio*»– entre esos dos órdenes jurídicos.

Siguiendo la pauta del Concilio Vaticano II, habría que mirar ante todo al misterio de la Iglesia, de acuerdo con la Constitución dogmática *De Ecclesia*[13]. Según esa Constitución dogmática, por una parte, la Iglesia es un Sacramento de comunión[14]. Por otra parte, la Iglesia es una comunidad sacerdotal, que está «orgánicamente estructurada por medio de los sacramentos y de las virtudes»[15].

Por tanto, la Iglesia es una comunión que tiene una estructura orgánica basada en los Sacramentos. Por esta naturaleza de comunión que tiene la Iglesia, se puede decir también que todas las estructuras de la Iglesia son estructuras de comunión. Dentro de esa comunión eclesiástica, cabe distinguir, a su vez, diversas dimensiones que se han hecho ya clásicas: la «*communio fidelium*», la «*communio hierarchica*» y la «*communio ecclesiarum*».

obbligante e nella garanzia giuridica che a suo riguardo presta la Chiesa, come istituto gerarchico». Cfr. V. Del Giudice, *Canonizatio*, cit., 226.

12. Esta terminología es utilizada, combinándola de diversas maneras, por el documento de la Comisión Teológica Internacional. Véanse, por ejemplo, notas 18 y 20.

13. *Optatam totius*, 16.

14. *Lumen Gentium*, 1.

15. Ibídem 11.

Sin embargo, la comunión «no es un vago afecto, sino una realidad orgánica que exige una forma jurídica»[16]. El Derecho Constitucional Canónico es precisamente la forma jurídica que corresponde a la estructura fundamental de la Iglesia y que está en relación con esas tres dimensiones de la comunión; está formado por aquellos principios y también por aquellas consecuencias jurídicas principales que son inherentes a esa estructura fundamental y a esas tres dimensiones citadas de la comunión eclesiástica.

Cuando se habla de «estructura fundamental de la Iglesia» nos estamos refiriendo a aquella parte de la estructura de la Iglesia que se puede considerar como de institución divina[17]; en este sentido, la expresión es equivalente a lo que se puede denominar también «estructura permanente y esencial»[18]. No nos referimos, en cambio, a todas aquellas estructuras de la Iglesia que son consecuencia de los desarrollos organizativos que la Autoridad Eclesiástica puede hacer a lo largo de la Historia a partir de esa «estructura permanente y esencial». Esos desarrollos organizativos, cuando no derivan necesariamente de la estructura fundamental de la Iglesia –en la medida en que pudieran ser necesarios por razón de la naturaleza y de la misión de la Iglesia, tal como han sido queridas por la Voluntad de Dios o por la Voluntad de Cristo, su Divino Fundador– sino de opciones históricas más o menos contingentes, no pertenecen ya a su institución divina sino a su institución humana o meramente eclesiástica[19].

16. *Lumen Gentium*, Nota explicativa previa, 2ª.

17. Además del párrafo citado en la nota n. 5, el documento de la Comisión Teológica Internacional se refiere también en otras ocasiones a la estructura fundamental de la Iglesia.

Así, por ejemplo, al tratar del proceso de fundación de la Iglesia, el documento afirma lo siguiente: «*In hoc ipso profectu simul constituitur structura fundamentalis permanens et definitiva Ecclesiae*». Cfr. *Commissio Theologica Internationalis*, *Documenta…*, cit., 474.

Más adelante, al tratar de la Iglesia como «sujeto histórico», se refiere a su estructura institucional y a los elementos que la constituyen: «*Novus Populus Dei in actum deducitur, non tantum per adhesionem liberam et responsabilem uniuscuiusque membri, sed praesertim per auxiliatricem structuram ad hunc finem institutam (Verbum Dei et lex nova, Eucharistiam et sacramenta, charismata et ministeria)*». Ibídem, 486.

Sobre el concepto de estructura fundamental de la Iglesia, puede verse también P. Rodríguez, *El concepto de estructura fundamental de la Iglesia*, en A. Ziegenaus, F. Courth, P. Schafer (hrsg.), *Veritati catholicae, Festschrift für Leo Scheffczyk*, Aschaffenburg 1985, 237-246.

18. Esta es la terminología que utiliza también la Comisión Teológica Internacional en el documento citado. Refiriéndose a esta estructura esencial, que es de institución divina, afirma: «*Structura essentialis complectitur omnia que in Ecclesia ex eius a Deo institutione (iure divino), mediante eius a Iesu Christo fundatione et Spiritus Sancti dono, proveniunt*». Ibídem, 505.

19. El citado documento de la Comisión Teológica Internacional distingue entre lo que llama «la estructura esencial de la Iglesia» y lo que llama su «forma u organización concreta y mutable»:

«*Distinguimus etiam inter essentialem Ecclesiae structuram eiusque definitam et mutabilem formam (vel eius organizatione). Structura essentialis complectitur omnia que in Ecclesia ex eius a Deo institutione (iure divino), mediante eius a Iesu Christo fundatione et Spiritus Sancti dono, proveniunt. Ipsa structu-*

Por tanto, a los efectos que nos proponemos, es importante distinguir entre esos dos niveles de la estructura de la Iglesia: el nivel correspondiente a su estructura fundamental y básica, que es también su estructura más originaria; y el nivel que, fundamentándose en esa estructura básica, la desarrolla organizativamente para dar respuesta a las diversas necesidades pastorales de la Iglesia, según criterios de conveniencia y utilidad. Este segundo nivel organizativo es contingente por naturaleza, pues depende de circunstancias históricas variables, y no posee el carácter permanente que es propio del primer nivel; puede, por tanto, cambiar y ser sustituido por otras modalidades organizativas, según las diferentes opciones de la Autoridad Eclesiástica y las decisiones del legislador. Las estructuras que componen este segundo nivel son creadas, ordenadas y organizadas por la Autoridad Eclesiástica y, en este sentido, son de institución humana y están reguladas, a su vez, por el Derecho humano y las leyes meramente eclesiásticas[20].

Para procurar hacer más claro lo hasta ahora dicho, trataré de aportar algunos ejemplos, tomándolos de la Iglesia Universal y de la Iglesia Particular. Así, se podría decir que, mientras que hay órganos o instituciones de la Iglesia que pertenecen a su estructura fundamental de institución divina, como lo son el Romano Pontífice o el Colegio Episcopal, hay otros, en cambio, que forman parte más bien de su forma y organización eclesiástica concreta, como ocurre en el caso de la Curia Romana, del Colegio Cardenalicio, o de las Conferencias Episcopales[21].

ra nonnisi unica et durabilis esse potest. Attamen, ista essentialis et permanens structura semper aliquam definitam formam atque organizationem (iure eclesiástico) induit, ex contingentibus et mutabilibus, sive historicis vel culturalibus, sive geographicis vel ad rem publicam spectantibus, elementis constitutam. Ex hoc sequitur quod definita Ecclesiae forma mutationibus subiecta est; in ipsa apparent legitimae et etiam necessariae differentiae. Tamen, institutionum diversitas ad structurae unitatem refertur». Ibídem, 505-506.

20. Por otra parte, esas formas organizativas históricas son necesarias para la propia subsistencia de la estructura fundamental. Se puede decir que son inseparables y, en cierto modo, inadecuadamente distintas, como pasa con el derecho divino y el derecho humano eclesiástico. Así lo afirma, en el documento citado, la Comisión Teológica Internacional:

«*Inter essentialem structuram et definitam Ecclesiae formam (vel organizatiomem) discernere non est disiungere. Essentialis Ecclesae structura in quadam definita forma semper implicata est, extra quam subsistere non potest. Itaque, respectu essentialis structurae, quam in quadam condicione fideliter et efficaciter exprimere debet, nunquam indiferens est definita forma. Aliquando vero, quod ad structuram et quod ad formam spectat, dilucide discernere, haud facile est*». Ibídem, 506.

21. Cuando habla de la colegialidad episcopal, el citado documento de la Comisión Teológica Internacional afirma que solo puede aplicarse propiamente al Colegio Episcopal, en la doble modalidad del Concilio Ecuménico y de la acción conjunta de los Obispos dispersos por el mundo (según las indicaciones establecidas por el decreto *Christus Dominus*, n.4); pero no a las Conferencias Episcopales, pues considera que las Conferencias de Obispos solo derivan de la organización y figura concreta o histórica de la Iglesia; son, por tanto, instituciones de derecho eclesiástico:

Respecto a la Iglesia particular, se considera que ésta, en cuanto tal, es de institución divina; es decir, cuando se consideran en ella todos sus elementos esenciales, como una porción del Pueblo de Dios, encomendada a un obispo para que, con la cooperación del presbiterio, la apaciente y congregue en el Espíritu Santo, mediante el Evangelio y la Eucaristía, en la cual verdaderamente está presente y actúa la Iglesia de Cristo, una, santa católica y apostólica. En cambio, serían más bien de institución eclesiástica, aquellas figuras históricas y canónicas de la Iglesia particular que, en cuanto tales, pueden tener una organización de carácter contingente y no necesario, como puede serlo una Prefectura apostólica, un Vicariato Apostólico o una Prelatura territorial[22].

Este mismo carácter de Derecho Eclesiástico, lo tienen también aquellas circunscripciones eclesiásticas peculiares que, sin ser Iglesias particulares, se asimilan jurídicamente a ellas mediante la «*analogia iuris*», como es el caso de las Prelaturas personales o de los Ordinariatos militares. Lo mismo cabría decir también de aquellas instituciones de la Iglesia particular que han surgido históricamente para dar respuesta a determinadas necesidades pastorales, de gobierno, etc., como ocurre con el Cabildo de canónigos y, más recientemente, con el Consejo del presbiterio.

Por tanto, de acuerdo con estos dos tipos o niveles de la estructura eclesiástica se puede establecer también la distinción entre el Derecho Constitucional Canónico y el Derecho meramente eclesiástico.

El Derecho Constitucional Canónico sería el Derecho correspondiente a la estructura fundamental de la Iglesia. Su contenido esencial sería Derecho divino, primario o secundario; es decir, comprendería los principios de Derecho divino y también las normas fundamentales que de ellos derivan como consecuencias necesarias y no contingentes. Sin embargo, en cuanto a su forma canónica –«*canonizatio*»–, el Derecho Constitucional se puede considerar también Derecho humano, según lo ya expuesto.

Consecuentemente con ello, se puede considerar que el Derecho Constitucional está dotado, en cuanto a su sustancia de Derecho divino, de aquella per-

«*Instituta ut Conferentiae Episcopales (et earum coetus continentales) propria sunt organizationi et concretae vel historicae Figurae Ecclesiae (iure ecclesiastico). Si applicentur his vocabula "collegium", "collegialitas", "collegialis", utuntur sensu analogico et theologico impropio*». Ibídem, 512.

22. Sobre este particular, el documento citado afirma lo siguiente:

«*Ecclesia peculiaris, suo episcopo et pastore adhaerens, in se ad essentialem Ecclesiae structuram pertinet. Tamen, in diversis temporibus, eodem structura diversas variabiles formas et organizationes induit. Cuiusdam peculiaris Ecclesiae administrationis modus et diversarum particularium Ecclesiarum coetus ad definitam formam et organizatiomem spectant. In hac condicione sunt "locales ecclesiae", locis signatae ex earum origine et traditionibus*». Ibídem, 506.

manencia y validez para todos los tiempos y lugares que es propia del Derecho divino. Pero, en cuanto a su forma canónica –«*canonizatio*»– puede formalizarse de diversas maneras y admite una cierta mutabilidad en cuanto a esa formulación, sea de sus principios, sea de sus consecuencias canónicas fundamentales.

En cambio, hay una parte del Derecho Canónico que corresponde al orden jurídico que regula la constitución, ordenación y organización concreta de las estructuras que son de mera institución eclesiástica, en lo que este orden jurídico tiene de no necesariamente ligado a lo principios que son intrínsecos a la estructura fundamental. Esta parte del Derecho Canónico tiene también un carácter histórico y contingente, como lo tienen esas estructuras de la Iglesia. Se trata de lo que suele llamarse Derecho humano y que, para distinguirlo del Derecho Constitucional Canónico –que también tiene un elemento humano, como ya hemos visto–, podríamos llamar «Derecho meramente Eclesiástico», utilizando una terminología equivalente a la que utiliza el Código de Derecho Canónico cuando habla, por ejemplo, de «leyes meramente eclesiásticas» (canon 11).

4. El principio de Constitucionalidad y la primacía del Derecho Constitucional Canónico

Como explicamos más arriba, por ser Derecho divino, el Derecho Constitucional tiene un carácter constituyente y constitutivo respecto a todo el Derecho humano. El principio de Constitucionalidad es aquel que permite hacer efectiva esa función Constitucional del Derecho divino. En la aplicación de este principio se manifiesta el valor supremo del Derecho divino en su relación con el Derecho humano meramente Eclesiástico.

En cuanto a su validez, el Derecho divino tiene una validez superior a todo el Derecho humano: el Derecho humano ha de ser congruente con él y, en caso de conflicto, el Derecho divino prevalece sobre el Derecho humano. Este es en el actual Derecho Canónico el fundamento del principio de Constitucionalidad y de jerarquía normativa, según el cual el Derecho Constitucional prevalece sobre el Derecho meramente Eclesiástico[23].

23. Algún autor, como Gherro, al referirse al «principio de legalidad» en el derecho canónico, afirma también que este principio «no significa el primado de la ley eclesiástica, sino el primado del derecho divino». Cfr. S. Gherro, *Diritto Canonico (nozioni e reflessioni). I. Diritto Costituzionale*, Padova [3]2006, 112. En esto coincido naturalmente con él, pero no puedo coincidir con él en su concepto del derecho constitucional, que es tan amplio que incluye dentro de él todas las normas de organización de la estructura de la Iglesia. Si lo característico del derecho constitucional es su primacía en la jerarquía normativa (principio de legalidad), entonces parece más congruente, adecuado y

Como recordaba más arriba, el principio de Constitucionalidad es una característica del actual Derecho Constitucional en el ámbito del Derecho del Estado. Según este principio, todas las leyes y normas jurídicas han de ser congruentes y han de aplicarse en conformidad con la Constitución o Ley Fundamental del Estado.

En el ámbito del Derecho Canónico, aunque no existe una Ley Fundamental de la Iglesia, sí puede hablarse de una Constitución o Derecho Constitucional de la Iglesia en sentido material, tal como hemos expuesto. Se trata de ese Derecho Constitucional que es Derecho divino en cuanto a su sustancia y Derecho humano en cuanto a su forma canónica. En este sentido, la fuerza imperativa superior que de por sí tienen los principios del Derecho divino es participada también por sus consecuencias canónicas necesarias, traducidas en esas normas fundamentales de las que antes hablábamos.

Como también decíamos más arriba, esas normas fundamentales, en parte son Derecho divino –«*virtualiter*» o «*radicaliter*»–; en parte son Derecho humano, en la medida en que han sido formalizadas canónicamente por medio de la «*canonizatio*». Por tanto, es todo el Derecho Constitucional Canónico –divino y humano, en el sentido indicado– el que goza de esa primacía en la jerarquía normativa, y el que tiene un valor superior y goza de prevalencia respecto al Derecho Canónico meramente Eclesiástico.

A mi juicio, este y no otro es el fundamento del principio de Constitucionalidad en el actual Derecho Canónico, y, por tanto, lo que permite hablar de un «Derecho Constitucional Canónico» –con una terminología homologable a la de la actual cultura jurídica –aunque no exista una Ley Fundamental de la Iglesia de carácter formal.

Por otra parte, hay que tener presente que la posible incidencia del principio de Constitucionalidad en el ámbito del Derecho Canónico ha de ser matizada también por una presunción que debe ser tenido en cuenta: la presunción de que el Derecho humano Canónico («canonizado») es conforme con el Derecho divino. La razón está en que se presumen justas (en este caso, conformes con el Derecho divino y por tanto «Constitucionales») todas las leyes que proceden de la Autoridad legítima (que en el caso de la Iglesia goza, además, de la especial asistencia del Espíritu Santo) y que han sido aprobadas de acuerdo con los procedimientos jurídicos establecidos por el ordenamiento correspondiente.

correcto, que lo constitucional se restrinja a la estructura fundamental de la Iglesia (que es la que, en sustancia, se corresponde con el derecho divino) y no a toda la estructura de la Iglesia (que incluiría también, por tanto, las normas de organización meramente eclesiásticas).

Por tanto, la inConstitucionalidad del Derecho meramente Eclesiástico legítimamente aprobado (su no conformidad con el Derecho Constitucional Canónico) exigiría la prueba en contrario, también según los procedimientos establecidos por el ordenamiento Canónico[24].

A modo de recapitulación, y para responder a la cuestión que nos planteábamos al comienzo de estas páginas –de si se puede seguir hablando hoy en día de un «Derecho Constitucional Canónico» como una parte del ordenamiento jurídico de la Iglesia, y también como una rama de la Ciencia Canónica homologable a lo que en la cultura jurídica actual se entiende por Derecho Constitucional–, mi respuesta sería que sí, en la medida en que en el Derecho Canónico pueda aplicarse también lo que es característico del actual Derecho Constitucional, es decir, el principio de Constitucionalidad o de prevalencia Constitucional. Para ello es necesario poner en conexión el Derecho Constitucional Canónico con el Derecho Divino y referirse a la función Constitucional que en el Derecho Canónico desempeña el «*ius divinum Ecclesiae*». Como consecuencia de esa función, el Derecho divino prevalece sobre el Derecho humano meramente eclesiástico y es también el fundamento de un Derecho Constitucional Canónico en la actualidad.

24. En el mismo sentido, puede verse Gherro, que habla de una «presunción de constitucionalidad» del derecho humano respecto al derecho divino, que solo puede destruirse mediante prueba en contrario. Vid. S .Gherro, Ibídem, 109.

PARTE IV

DERECHO CONSTITUCIONAL CANÓNICO

1
DERECHO CONSTITUCIONAL CANÓNICO*

Sumario: 1. El Derecho Constitucional en cuanto Derecho divino. 2. El Derecho Constitucional en cuanto Derecho Canónico humano. 3. La canonización del Derecho Constitucional. 4. El Derecho Constitucional Canónico en cuanto orden jurídico y en cuanto ciencia.

El Derecho Constitucional Canónico es el orden jurídico que es inherente a la Constitución de la Iglesia. La Iglesia ha sido fundada por Cristo y «está constituida y ordenada como una sociedad en este mundo» (LG 8; c. 204 & 2 CIC). Ese orden jurídico intrínseco al Misterio de la Iglesia se puede llamar «Derecho divino» en cuanto que la Iglesia ha sido fundada por Dios y, en cuanto sociedad, tiene un Derecho que es de institución divina. Pero se puede llamar también «Derecho Constitucional» en cuanto que forma parte de la Constitución de la Iglesia, «ordenada como una sociedad». Por tanto, el Derecho Constitucional es Derecho divino en cuanto que forma parte y es un elemento intrínseco de la estructura fundamental de la Iglesia.

El «Derecho Constitucional» se puede llamar también así porque, en cuanto que es Derecho divino, es el Derecho constituyente y constitutivo de todo el Derecho Canónico humano o «meramente eclesiástico» (según la terminología del c. 11 CIC). Por relación al Derecho divino, que es el Derecho constituyente («*ius constituens*»), todo el Derecho humano es Derecho constituido («*ius constitutum*») o «meramente eclesiástico». En esto se basa el principio de prevalencia Constitucional o de jerarquía normativa, en virtud del cual el Derecho Constitucional es superior a todo el resto del Derecho Canónico.

(*) Publicado en J. Otaduy – A. Viana – J. Sedano (eds.), *Diccionario General de Derecho Canónico*, vol. III, Cizur Menor (Navarra) 2012, 108-111.

El «Derecho Constitucional Canónico» es el Derecho Constitucional en cuanto canonizado, es decir, sometido a un procedimiento de formalización jurídica que se puede designar como «*canonizatio*». En este sentido, el Derecho Constitucional –además de Derecho divino– es también Derecho Canónico humano. La canonización del Derecho divino tiene lugar en el seno de la Iglesia como sociedad, con la intervención de todos los miembros del Pueblo de Dios y, en particular, de la autoridad eclesiástica, que es la que, en último término, declara de modo auténtico y da «forma canónica» a esa realidad que, en cuanto a la «sustancia», es Derecho divino. Mediante ese proceso de formalización («*canonizatio*») el Derecho divino Constitucional se transforma también en «Derecho Constitucional Canónico», tras la intervención de ese elemento humano de la Iglesia, representado, en primer lugar, por la autoridad eclesiástica.

1. El derecho Constitucional en cuanto derecho divino

En cuanto Derecho divino, el Derecho Constitucional es el conjunto de principios y de normas fundamentales que son intrínsecos al Misterio de la Iglesia. Si la Iglesia ha sido constituida por Dios como una sociedad, entonces su orden jurídico, que es una exigencia necesaria de toda sociedad, es también un orden jurídico constituido por Dios. A esto es a lo que llamamos Derecho divino. Como la Iglesia misma, también el Derecho que forma parte de su estructura fundamental es un elemento de institución divina y forma parte del elemento divino de la Iglesia.

Sin embargo, en cuanto Derecho divino, el Derecho de la Iglesia no es un Código de normas jurídicas completas perfectamente formalizadas. Es, más bien, un conjunto de principios y de normas fundamentales, que requieren también una formalización jurídica y un desarrollo organizativo que convierta sus principios y normas fundamentales en normas jurídicas que puedan gozar de una plena eficacia y operatividad. Por eso es necesario el proceso de canonización del Derecho divino en el seno de la Iglesia. A través de la mediación humana y del elemento humano, el Derecho divino Constitucional se convierte también en Derecho Constitucional Canónico.

Por tanto, en cuanto Derecho divino, el Derecho Constitucional Canónico posee la misma naturaleza, fuentes, contenido y funciones que son propias del «*ius divinum*». Por eso es también constituyente y constitutivo de todo el Derecho Canónico, que, en cuanto Derecho humano, es todo él un Derecho constituido. En esto se basa, como antes decía, lo que podríamos llamar el principio de Constitucionalidad o de prevalencia Constitucional. Este principio es una

consecuencia de las funciones que son propias del Derecho Constitucional, en cuanto Derecho divino. Brevemente, estas funciones son las siguientes:

a) Función de fundamentación de todo el Derecho Canónico: el Derecho Constitucional es el fundamento de todo el Derecho Canónico humano. Todas las normas canónicas basan su legitimidad en el Derecho divino.

b) Función interpretativa o hermenéutica: los principios del Derecho divino son criterios de interpretación para todo el Derecho Canónico humano.

c) Función supletoria: en defecto de ley o de norma aplicable, los principios del Derecho divino suplen esas lagunas del Derecho humano; es lo propio de la llamada «equidad canónica».

d) Función de límite: el Derecho divino es cláusula–límite del Derecho humano, que no puede prevalecer nunca cuando se opone al elemento divino de la Iglesia.

e) Función Constitucional: el Derecho divino es «*ius constituens*» y «*ius constitutivum*» del Derecho humano. Es una consecuencia de todas las funciones precedentes: el Derecho divino es Derecho Constitucional respecto a todo el Derecho humano, que es «*ius constitutum*». Este es el principio de Constitucionalidad o de prevalencia Constitucional. Existe una jerarquía normativa en el Derecho Canónico y, dentro de ella, el «ius divinum» ocupa el primer lugar, con carácter prevalente, por ser la fuente de validez de todo el Derecho Canónico.

2. El Derecho Constitucional en cuanto Derecho Canónico Humano

Siendo el Derecho divino un conjunto de principios y de normas fundamentales, para su plena efectividad y vigencia requiere de un proceso de formalización, que es lo que suele designarse como «*canonizatio*». Como antes decía, es aquí donde entra ya en juego el elemento humano del Derecho, pues el proceso de canonización requiere ya la intervención de la Iglesia, en cuanto Pueblo de Dios que vive en la historia, y requiere, sobre todo, la aprobación de todo ese proceso por la Autoridad Eclesiástica.

Según Santo Tomás de Aquino, el Derecho humano deriva del Derecho divino de dos modos fundamentales: por conclusión o por determinación.

a) Por conclusión, como derivan las conclusiones de los principios. Dentro de las conclusiones, se pueden distinguir aquellas que son más próximas a los principios y también más fáciles de deducir; y aquellas conclusiones más alejadas de los principios y, por tanto, también menos fáciles de deducir por todos.

b) Por determinación. Por ser el Derecho divino un conjunto de principios y normas generales que no consideran las circunstancias concretas, es necesaria

una determinación o concreción que tenga en cuenta todas esas circunstancias. Todo este Derecho que surge por determinación es ya, en cuanto tal, Derecho humano; la parte cuantitativamente más numerosa del Derecho Canónico es formalizada según este procedimiento.

Por lo que se refiere al Derecho extraído por conclusión, hay que decir que este Derecho en parte es divino y en parte humano. Es Derecho divino en cuanto que las conclusiones se contienen «*radicaliter*» en los principios. Es Derecho humano en cuanto que esas conclusiones requieren ya un proceso de elaboración racional y de formalización en el que interviene ya el elemento humano de Derecho. Pero, en cuanto a su validez y fuerza jurídica –la «*vis imperativa*»–, las conclusiones derivadas de los principios del «*ius divinum*» conservan la fuerza imperativa de éste y, por tanto, su función de prevalencia respecto al Derecho humano. En este sentido, esas conclusiones derivadas de los principios son también normas fundamentales del Derecho Canónico y forman parte del Derecho Constitucional Canónico. Se ve así cómo el elemento divino y el elemento humano se encuentran íntimamente coimplicados en el Derecho Constitucional Canónico; mucho más que el resto del ordenamiento Canónico no Constitucional, en el que también se da sin duda esa implicación mutua.

Resumiendo cuanto hemos dicho, se podría también decir que el Derecho Constitucional es Derecho divino en cuanto a su sustancia, y es Derecho humano en cuanto a su forma. En cuanto a su sustancia porque sus principios son de Derecho divino; en cuanto a su forma, porque la formalización de estos principios y las normas fundamentales que de ellos se extraen por conclusión son de elaboración humana. Por eso, en cuanto a su sustancia el Derecho Constitucional es inmutable y permanente, pero, en cuanto a su forma, esos principios se pueden formalizar de modos diversos y adoptan, por tanto, una forma jurídica diversa que puede ir cambiando en el devenir histórico.

3. La canonización del Derecho Constitucional

Esta relación entre la sustancia y la forma se manifiesta sobre todo el proceso de la «*canonizatio*». Efectivamente, la canonización del Derecho divino significa una recepción y un reconocimiento de su validez e imperatividad como tal por parte de toda la Iglesia. Pero en este proceso de reconocimiento tiene un papel primordial la Autoridad Eclesiástica. En último término, el Derecho divino Constitucional se convierte en Derecho Canónico por el acto de reconocimiento y aprobación por parte de la Autoridad. Según la Constitución divina de la Iglesia, a la Autoridad Eclesiástica, y, en particular, a la Autoridad Suprema de la

Iglesia, es a la que corresponde la interpretación auténtica del Derecho divino, natural y positivo.

Mediante el proceso de la «*canonizatio*» a lo largo de la historia de la Iglesia, la sustancia del Derecho divino va adquiriendo progresivamente una determinada forma canónica. En este proceso, que es también un proceso de conocimiento, se pueden ir conociendo cada vez mejor esos principios de Derecho divino, en la medida en que se conoce también cada vez mejor el Misterio de la Iglesia –como ha ocurrido en el Concilio Vaticano II– y, por tanto, se pueden expresar mejor en cuanto a su forma canónica y en cuanto a la formalización de sus conclusiones o consecuencias necesarias.

En la actualidad, el Derecho Constitucional Canónico se encuentra canonizado y formalizado sobre todo en los dos Códigos vigentes del Derecho Canónico, el latino y el oriental. Se trata de una formalización que no tiene el rango de una ley fundamental, como lo hubiese tenido si se hubiese aprobado el Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia, que se elaboró en la etapa posterior al Concilio Vaticano II, pero que no llegó a promulgase. En este sentido, el Derecho Constitucional Canónico está formalizado actualmente en una ley ordinaria de la Iglesia, en la que se contienen también otras muchas materias que no son Constitucionales.

A pesar de ello, el Derecho Constitucional Canónico, tal como ha sido delineado en estas páginas, tiene rango superior al resto del Derecho Canónico en virtud de su función constituyente y constitutiva, es decir, en virtud del principio de Constitucionalidad y de jerarquía normativa.

4. El Derecho Constitucional Canónico en cuanto orden jurídico y en cuanto ciencia

En cuanto orden jurídico, el Derecho Constitucional Canónico es el orden jurídico que forman parte de la Constitución de la Iglesia, con ese doble elemento divino y humano al que nos acabamos de referir, y que tiene un valor constituyente y constitutivo para todo el Derecho Canónico. De ello es de lo que hemos tratado hasta ahora.

Pero el Derecho Constitucional Canónico se puede entender también como Ciencia, es decir, como un conjunto de conocimientos sistemáticos y orgánicos en torno a ese orden jurídico Constitucional. Es a lo que ahora quisiera referirme, también brevemente.

Considerado como Ciencia, la Ciencia del Derecho Constitucional es un parte o rama de la ciencia canónica que estudia su objeto material –los principios de Derecho divino y las normas fundamentales del Derecho Canónico– en cuanto

constituyentes y constitutivos de todo el Derecho Canónico –objeto formal–. Lo hace desde una perspectiva propia: utiliza la razón formal propia del Derecho –»*ratione iuris*»– y utiliza el método jurídico; en esto se diferencia de la Teología del Derecho Canónico, que puede estudiar también el Derecho Constitucional desde la perspectiva formal y método propio de la Teología –»*ratione Deitatis*»–.

Por lo demás, el carácter específico del Derecho Constitucional Canónico respecto a otras disciplinas canónicas se basa también en su objeto propio, material y formal: el Derecho Constitucional Canónico estudia esos principios del Derecho divino y las normas fundamentales que de él derivan como consecuencias necesarias, en cuanto que son constituyentes y constitutivas de todo el orden Canónico; tambien estudia esos principios y normas fundamentales en cuanto canonizados y formalizados, es decir, convertidos en principios y normas jurídicas del Derecho Canónico vigente, reconocido y aprobado por la Iglesia. En cuanto que participan de la «*vis imperativa*» del «*ius divinum Ecclesiae*», los principios y normas fundamentales de Derecho Constitucional tienen primacía sobre el resto del orden Canónico –las normas «mere ecclesiasticas»–. Esta primacía del Derecho Constitucional en cuanto orden jurídico –principio de Constitucionalidad– es una característica propia del Derecho Constitucional, que le confiere también una perspectiva específica, como parte o rama de la Ciencia Canónica.

Bibliografía

W. Aymans – K. Mörsdorf, *Kanonisches Recht*, I, Paderborn 1991, 1-38; E. Bonnet, *De iure costitutivo seu potius fundamentalis Ecclesiae*, Apollinaris (1967) 123 y ss; S. Berlingó, *Diritto divino e diritto humano nella Chiesa*, Il diritto ecclesiastico 106, I (1995) 35-65; D. Cenalmor, *La Ley Fundamental de la Iglesia,* Pamplona 1991; E. Fogliaso, *Il «Ius Publicum Ecclesiasticum» e il «Ius Constitutionale Ecclesiae»*, Salesianum 27 (1965) 425 y ss; S. Gherro, *Principi di diritto costituzionale canonico,* Torino, 1992, 1-93; J. Hervada, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico,* Pamplona [2]2001, 21-39, J. Hervada, *Derecho Constitucional y Derecho de las asociaciones*, en *Das Konsociative Element in der kirche,* St. Ottilien 1989, 99-116; P. Lombardia, *Costituzione della Chiesa*, en Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. X, Roma 1988; E. Molano, *El Derecho Constitucional y la estructura de la Iglesia*, Ius Canonicum, 95 (2008) 91-116; Idem, *Derecho divino y derecho constitucional canónico*, Ius Canonicum, 98 (2009) 195-212; Idem, *Derecho Constitucional Canónico*, Pamplona, 2013; L. Örsy, *The probleme of the Constitutional law in the Church*», The Jurist 29 (1969) 29-56; R. Sobanski, *Inmutabilità e storicitá della Chiesa: diritto divino e diritto humano*, Ius Ecclesiae 9 (1997) 19-43.

2

LOS ORÍGENES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CANÓNICO*

Sumario: 1. El Derecho Constitucional como objeto de la ciencia canónica. 2. El Derecho Constitucional y el *ius publicum ecclesiasticum*: 2.1 *nacimiento y desarrollo del Derecho Público Eclesiástico*; 2.2 *la crisis del Derecho Público Eclesiástico a partir del Concilio Vaticano II*. 3. El Derecho Constitucional y el *ius decretalium*: 3.1 *el Derecho de las Decretales*; 3.2 *el Derecho Constitucional en la Escuela Histórica*. 4. Desde la codificación al Concilio Vaticano II: 4.1 *la etapa postcodicial*; 4.2 *la eclesiología del Concilio Vaticano II*.

1. El Derecho Constitucional como objeto de la ciencia canónica

Como es sabido, la existencia del Derecho Constitucional considerado como una parte o rama de la Ciencia jurídica es algo muy reciente; surge en el siglo XIX, como consecuencia del *Constitucionalismo*. Este movimiento jurídico–político, con antecedentes en las revoluciones inglesas del siglo XVII, se va desarrollando desde finales del siglo XVIII con la revolución francesa y americana, y posteriormente durante los siglos XIX y XX. Es entonces cuando aparecieron en la historia del Derecho diversas Constituciones que se han hecho particularmente famosas, como la francesa y la de los Estado Unidos de América. A lo largo de estos siglos se han ido promulgando esas *Constituciones* o *Leyes Fundamentales*, que constituyen la base del ordenamiento jurídico del Estado en muchos países. De acuerdo con la Teoría política que inspira este movimiento, esa norma fundamental es considerada un elemento clave y un instrumento para la propia constitución del *Estado.*

La *ciencia del Derecho Constitucional*, entendida como la *ciencia* que estudia sistemáticamente el orden jurídico Constitucional surge entonces como una rama del Derecho cuyo cometido será precisamente el estudio de esas Constituciones

(*) Publicado en Aa. Vv., *Aequitas sive Deus, in onore di Rinaldo Bertolino*, Torino 2011, 333-400

y Leyes fundamentales del Estado. Por tanto, hasta los siglos XIX y XX no se puede hablar de un «Derecho Constitucional» propiamente dicho.

La ciencia canónica no podía ser indiferente a este acontecimiento de la historia general del Derecho y de la ciencia jurídica. Por eso, y en paralelo a ese movimiento jurídico, también en el ámbito del Derecho Canónico y de la ciencia canónica empieza a hablarse de la Constitución de la Iglesia y de un *Derecho Constitucional Canónico*[1].

En cambio, otra cosa es lo que podríamos considerar «el Derecho Constitucional Canónico», entendido como una parte del *orden jurídico de la Iglesia.* En este sentido el Derecho Constitucional Canónico ha existido siempre, desde la Fundación de la Iglesia por Cristo. Este Derecho Constitucional Canónico se identifica con los principios del Derecho divino y con las normas fundamentales que desarrollan estos principios[2]. El Derecho divino, que existe desde los comienzos, fue desarrollándose como consecuencia del ejercicio de la potestad de gobierno de la Iglesia, y se fue aplicando en cada momento concreto. De este modo fue surgiendo ese Derecho Constitucional que está en la base del Derecho Canónico y que es esencialmente el mismo desde la Fundación de la Iglesia hasta ahora.

Este Derecho Constitucional Canónico se identifica sustancialmente con el *Derecho divino*. Por ejemplo, lo que ahora llamamos el Derecho de los fieles a recibir la Palabra y los Sacramentos ha existido siempre como una realidad exigida por la *salus animarum*. Lo mismo se podría decir de las consecuencias jurídicas fundamentales que derivan de los diversos Sacramentos; así, por ejemplo, la recepción del Sacramento del Bautismo produce la incorporación a la Iglesia como sociedad e institución, y da Derecho a aquella otra recepción de los demás Sacramentos con las debidas condiciones; en el caso del Orden Sagrado, la

1. Sobre el concepto de Derecho Constitucional Canónico desde diferentes perspectivas, puede verse, por ejemplo, S. Gherro, *Diritto Canonico. I.– Diritto Costituzionale*, Padova [3]2006; W. Aymans – K. Mörsdorf, *Kanonisches Recht*, I, Paderborn 1991, 1-38; J. Hervada, *Derecho Constitucional y Derecho de las asociaciones*, en «*Das Consoziative Element in der Kirche*» (Akten des VI Internationalen Kongresses für Kanonisches Recht) St. Ottilien 1989, 99-116; Id. *Elementos de Derecho Costitucional Canónico*, Pamplona [2]2001, 21-41; E. Molano, *El Derecho Constitucional tras la promulgación del Código de 1983*, Ius Canonicum XXIX, 57 (1989) 359-369; P. Lombardia, *Costituzione della Chiesa*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. X, Roma 1988; U. Mosiek, *Verfassungsrecht der lateinischen Kirche*, I., Freiburg im Breisgau, 1975; J. M. Örsy, *The probleme of the Constitutional law in the Church*, The Jurist 29 (1969) 29 y ss.; E. Bonnet, *De iure costitutivo seu potius fundamentalis Ecclesiae,* Apollinaris (1967) 123 y ss.; E. Fogliaso, *Il «Ius Publicum Ecclesiasticum» e il «Ius Constitutionale Ecclesiae»*, Salesianum 27 (1965) 425 y ss.

2. Sobre las relaciones entre el derecho constitucional canónico y el derecho divino puede verse E. Molano, *Derecho Divino y Derecho Constitucional Canónico*, en J. I. Arrieta (a cura di), *Ius Divinum. Atti del XIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico*, Venezia 2010, 223-227.

recepción de este Sacramento da lugar a la existencia de una Jerarquía, dotada de una sagrada potestad, que es la base de la estructura jerárquica de la Iglesia; también se puede hablar desde el principio de una potestad de gobierno, recibida de Cristo por Pedro y los Apóstoles, en la que les han sucedido después el Papa y los Obispos; por eso se puede decir que desde su Fundación la Iglesia tiene una «constitución jerárquica», que es el resultado de la articulación entre el sacerdocio común de los bautizados y el sacerdocio ministerial de los ordenados *in sacris*; y así sucesivamente…

Por tanto, todo ese Derecho divino ligado a los Sacramentos se puede considerar «Derecho Constitucional» como realidad jurídica, y es el mismo desde la Fundación de la Iglesia hasta ahora.

Pero, como antes decíamos, por lo que se refiere a la *ciencia del Derecho Constitucional Canónico,* como una parte o rama de la ciencia canónica, no se puede hablar de ella hasta el siglo XIX.

En este estudio nos vamos a ocupar de los orígenes de esta ciencia del Derecho Constitucional en el ámbito Canónico. Como veremos, el Derecho Constitucional Canónico como ciencia nace en el seno de las principales Escuelas que dominan la metodología científico–canónica del siglo XIX. Entre ellas habría que mencionar especialmente a la *Escuela del Derecho Público Eclesiástico* («*Ius Publicum Ecclesiasticum*») y a la *Escuela Histórica del Derecho.*

La *Escuela del Derecho Público Eclesiástico,* cuyos orígenes se remontan a su vez a la Baja Edad Media, se desarrolló especialmente en los siglos XIX y XX, y entró en crisis a partir del Concilio Vaticano II, como consecuencia de la eclesiología conciliar, que obligó a replantearse su método.

La Escuela Histórica del Derecho se desarrolló en el siglo XIX, especialmente en Alemania, y llegó hasta el siglo XX. A ella pertenecieron una serie de juristas, que cultivaron tanto el Derecho Eclesiástico civil o estatal como –sobre todo en los países germánicos– el Derecho Eclesiástico católico y protestante. Eran en su mayor parte juristas laicos, que enseñaban en las Facultades de Derecho de las Universidades estatales, lo cual les permitió estar en contacto con la ciencia jurídica que en ellas se desarrollaba, y por tanto facilitó la recepción también en el ámbito Canónico de esa incipiente ciencia del Derecho Constitucional que ya se estaba desarrollando en los ambientes civiles. Junto al método histórico, estos juristas cultivaron también el método sistemático y, dentro de ese sistema jurídico que elaboraron, el Derecho Constitucional era una de sus partes.

Los orígenes de la ciencia del Derecho Constitucional Canónico se sitúan en la línea de estas dos escuelas jurídicas, cuyos antecedentes entroncan con la tradición canónica, y que a su vez se prolongan hasta el siglo XX. En el presente

estudio nos vamos a limitar a hacer un esbozo de lo que consideramos como la primera etapa de la ciencia del Derecho Constitucional Canónico. Para ello trataremos muy sintéticamente del origen y desarrollo de estas Escuelas hasta el Concilio Vaticano II, cuya doctrina eclesiológica cerró la etapa anterior y abrió una nueva fase para el Derecho Constitucional Canónico. Tendremos que considerar también brevemente la incidencia que tuvo la codificación de 1917 en la metodología usada por la Escuela exegética postcodicial que entonces surgió. Un tratamiento completo de esta cuestión exigiría escribir una Historia de la ciencia del Derecho Constitucional Canónico, cosa que no es lo que pretendemos ahora.

2. El Derecho Constitucional y el «Ius publicum ecclesiasticum»

2.1. *Nacimiento y desarrollo del Derecho Público Eclesiástico*

El *Derecho Público Eclesiástico* surge en la segunda mitad del siglo XVIII en el seno de algunas Universidades civiles de los países germánicos. En esta época los diversos Estados germánicos tienen carácter confesional, protestante o católico, según los casos. Ya desde el siglo XVII y a lo largo de XVIII la filosofía juridica de esas Universidades estaba dominada por la Escuela Racionalista del Derecho Natural. Entre ellas cabe mencionar la Universidad de Halle, donde enseñó uno de los representantes más destacados de esa Escuela, Christian Tomasius[3]. El nacimiento del Derecho Público Eclesiástico está en conexión con la metodología jurídica y la división del Derecho que se utilizaba en algunas de esas universidades, como es el caso, por ejemplo, de la Universidad de Wurzburgo[4].

Como consecuencia de la influencia de la Escuela Racionalista del Derecho Natural, la Ciencia jurídica comienza a dividirse en dos grandes campos: el Derecho privado y el Derecho público. A su vez, el Derecho público se dividió en diversas ramas, una de las cuales era el «*Derecho público Eclesiástico*». Esta rama se refiere a todo aquello que tiene que ver con las Iglesias, pero el Derecho del que se trata en ella es propiamente el Derecho del Estado: el Derecho público Eclesiástico es inicialmente el Derecho del Estado que regula todo lo correspondiente a las Iglesias, sean protestantes o católicas.

3. Vid. L. de Luca, *Diritto Ecclesiastico ed esperienza giuridica*, Milano 1970, 10-19.

4. Para un estudio sobre la evolución del Derecho Público Eclesiástico puede verse, por ejemplo, L. de Luca, *Il concetto del diritto eclesiástico nel suo sviluppo storico*, Padova 1946; A. de la Hera– Ch. Munier, *Le Droit Publique Eccesiastique a travers ses définitions*, Revue de Droit Canonique (1964) 32-63.

Esta es una de las consecuencias que derivan del planteamiento protestante, según el cual la competencia jurídica sobre el ámbito externo de las Iglesias corresponde a la jurisdicción civil y no a la eclesiástica. Son los príncipes temporales los que han de proteger y gobernar ese ámbito externo de lo Eclesiástico. Por eso, se llama «Derecho público Eclesiástico» al *Derecho público del Estado sobre las Iglesias.* Lógicamente, este planteamiento va a originar una reacción por parte católica en defensa de la potestad de jurisdicción de la Iglesia.

Por tanto, como reacción frente a este planteamiento de origen protestante y racionalista –se lo puede calificar así por estar basado en *la Escuela Racionalista del Derecho Natural*– va a surgir un Derecho Público Eclesiástico elaborado teniendo en cuenta *la doctrina católica*, cosa que tendrá lugar, sobre todo, en las Universidades romanas –de la ciudad de Roma–, pero también en otras Universidades católicas. Este Derecho Público de influencia católica va a defender, sobre todo, la potestad de la Iglesia y del Papa frente a la doctrina de los protestantes y frente a la filosofía política que reclamaba para el poder temporal –encarnado en el siglo XIX por el Estado liberal– una plena jurisdicción sobre las Iglesias.

Haciendo uso del *método apologético*, los autores católicos elaboran una nueva teoría sobre el Derecho Público Eclesiástico[5]. Esta teoría trata de responder a los ataques de la doctrina protestante y de la filosofía social y política elaborada por la Escuela Racionalista del Derecho Natural, asumiendo parte de su argumentación, pero tratando de rebatirla a su vez. Según esa filosofía racionalista de la llamada «Escuela del Derecho Natural», existen dos tipos de sociedad por Derecho natural: una *sociedad perfecta*, que se identifica con el Estado, la cual es autosuficiente y soberana, tanto por sus fines como por sus medios; y existe también por Derecho natural una *sociedad no perfecta*, como es el matrimonio y la familia; esta última es imperfecta porque no tiene todos los medios necesarios para subsistir por sí misma, no es autosuficiente, sino que necesita integrarse en la sociedad política, en el Estado, que es quien ha de protegerla y promoverla. Lo mismo ocurre con otras sociedades menores por no ser autosuficientes y soberanas; este sería también el caso de la Iglesia, considerada como una sociedad no soberana y sometida al Estado. Por tanto, de acuerdo con este planteamiento, la Iglesia no sería una sociedad independiente, sino que estaría supeditada totalmente a las leyes del Estado.

Frente a este planteamiento de matriz racionalista, se elabora una teoría católica de Derecho público, según la cual la *Iglesia Católica* es también una *socie-*

5. Sobre el carácter apologético y las tesis del Derecho Público Eclesiástico, pueden verse los trabajos publicados por E. Fogliasso en la Revista Salesianum a partir de 1944, especialmente, *Il compito apologetico del Ius Publicum Ecclesiasticum,* Salesianum (1945) 49-80; *La tesi fondamentale del Ius Publicum Ecclesiasticum,* Salesianum (1946) 67-135.

dad perfecta, y no solo el Estado. Según la teoría católica, la sociedad política, representada por el Estado, es ciertamente una sociedad perfecta de Derecho natural, pero la Iglesia es también una Sociedad perfecta. En el caso de la Iglesia, el fundamento no se pondrá en el Derecho natural sino en el *Derecho divino positivo*; pero se afirmará también que la Iglesia tiene todas las características que se necesitan para ser una sociedad perfecta.

Por otra parte, en el caso de la Iglesia, se afirmará que tanto sus medios como sus fines son sobrenaturales; por eso la Iglesia no depende de ninguna otra sociedad, ni autoridad humana, pues tiene también todos los fines y medios que necesita para subsistir, y ser autosuficiente y soberana en su propio orden. La Iglesia no está sometida, por tanto, al Estado: es una sociedad perfecta por su fin (*«salus animarum»*) y por sus medios (la Palabra de Dios y los Sacramentos); tiene también una potestad de gobierno y de jurisdicción, que ha de ejercer con independencia y autonomía, y, por eso, es tan soberana como el Estado.

En resumen, según la doctrina del Derecho Público Eclesiástico de inspiración católica, la Iglesia es una sociedad jurídica perfecta en el *orden sobrenatural.* Sus relaciones con el Estado se han de basar en la paridad y la igualdad; por eso puede firmar *acuerdos y concordatos* con el Estado en pie de igualdad para regular esas relaciones. Esta doctrina se fue elaborando a lo largo de los siglos XIX y XX y llega hasta el Concilio Vaticano II.

Por otra parte, como recordamos al principio de estas páginas, el siglo XIX es el siglo del *Constitucionalismo,* y van surgiendo en él las diversas Constituciones de los Estados. Por eso, en coherencia con la teoría antes mencionada, se dirá que la sociedad jurídica perfecta tiene que tener también su propia Constitución. Por tanto, los autores de la Escuela del Derecho Publico Eclesiástico sostienen que también la Iglesia ha de tener una *Constitución*, aunque se trata de una Constitución distinta de la del Estado, ya que la Constitución de la Iglesia es una *Constitución divina*, pues ha sido fundada por Dios; y además esta Constitución ha de tener las características propias de la Iglesia; por ejemplo, ha de ser una *Constitución jerárquica,* pues así ha sido querida por su Divino Fundador.

A veces, algunos de estos autores fuerzan demasiado la analogía con la sociedad civil, como cuando comparan el gobierno Eclesiástico a las formas de gobierno clásicas, y comparan la Iglesia a una monarquía (forzando una semejanza entre el Papa y un monarca temporal). Para otros, se trataría más bien de una «monarquía atemperada por una aristocracia» (por referencia al papel del episcopado en la Iglesia). Como se ve, el método utilizado –*método apologético*– podía conducir a este tipo de analogías inadecuadas.

Por otra parte, los autores de esta Escuela subrayaban especialmente que la Constitución de la Iglesia es una *Constitución jerárquica*, y subrayaban también la desigualdad que existe en la Iglesia en base a la Jerarquía de orden y de jurisdicción. Se decía que la Iglesia es una sociedad basada en la desigualdad, una sociedad desigual («*societas inaequalis*»). Eran también las consecuencias del método apologético y de una Eclesiología insuficiente, lejana todavía a la Eclesiología del Pueblo de Dios del Concilio Vaticano II. Esta última, en cambio, ha subrayado el principio de igualdad, considerándolo compatible con la Constitución jerárquica de la Iglesia.

2.2. *La crisis del Derecho Público Eclesiástico a partir del Concilio Vaticano II*

Prescindiendo ahora de una descripción detallada de la evolución de esta Escuela a lo largo de los siglos XIX y XX, nos vamos a ceñir a lo que a nosotros nos interesa, es decir, lo que tiene que ver con el Derecho Constitucional Canónico como ciencia. En este sentido, y a modo de ejemplo, nos vamos a fijar especialmente en el planteamiento que sobre esta cuestión se hace en uno de los últimos tratados de Derecho Público Eclesiástico publicados inmediatamente antes del Concilio Vaticano II. En él se recoge la doctrina sobre la materia que se ha hecho ya clásica. Por eso el autor de esta tratado se puede considerar también un clásico de esta Escuela: Alfredo Ottaviani.

El *Cardenal Ottaviani* (1890-1979) es, en efecto, una figura muy significativa de la Escuela del Derecho Público Eclesiástico ya en pleno siglo XX. Fue primero profesor de esta disciplina en la Universidad Pontificia del Laterano y después Prefecto de la Congregación del Santo Oficio. Ottaviani tuvo además un papel importante en la preparación del Concilio Vaticano II. Fruto de la enseñanza que impartió sobre esta disciplina del Derecho Público Eclesiástico, Ottaviani publicó diversos libros sobre esta materia. El más conocido fue un Manual de Instituciones, que conoció sucesivas ediciones[6]. Su última obra sobre la materia se publicó en forma de Compendio en 1964, es decir, mientras se celebraba el Concilio Vaticano II[7]. En estos libros se recoge toda la tradición de la Escuela del Derecho Público Eclesiástico, de la que él mismo puede considerase a su vez como uno de sus frutos más granados.

En su libro de «Instituciones», Ottaviani divide el *Derecho Público Eclesiástico* en una parte general y otra parte especial:

6. *Institutiones iuris publici ecclesiastici,* Libreria Editrice Vaticana, (4ª ed.), 1958 (vol. I), 1960 (vol. II).
7. *Compendium iuris publici ecclesiastici,* Librería Editrice Vaticana, 1964.

Dentro de la *Parte general* desempeña un papel muy relevante la noción de *«sociedad jurídica perfecta»,* que –como ya recordamos en su momento– está tomada de la Ciencia del Derecho Natural y de la Filosofía del Derecho, y que es aplicada también a la Iglesia.

La *Parte especial* esta dividida, a su vez, en otras dos secciones:

1ª. *Derecho Público Eclesiástico Interno,* al que muy significativamente llama también *Derecho Constitucional*. En ella se trata de la Iglesia en sí misma, de su organización interna y de su jerarquía de jurisdicción. Se trata también de la *Constitución divina* de la Iglesia y de sus características propias, en particular de su *Constitución jerárquica,* que es lo que se destaca. Se subraya también que la Iglesia es una sociedad basada en la desigualdad –*«societas inaequalis»*– al tener sus miembros una condición desigual, como consecuencia del Sacramento del Orden (jerarquía–pueblo). Estudia la potestad de jurisdicción, su naturaleza y sus funciones; la potestad legislativa, ejecutiva y la coactiva (de imponer penas); estudia en particular al Papa y a los Obispos como sujetos principales de la potestad; y luego se refiere a las diversas líneas de jurisdicción que derivan de ellos, es decir, a los que colaboran con ellos en el ejercicio de la potestad.

Por tanto, de acuerdo con este planteamiento de Ottaviani, que responde a la tradición de la Escuela del Derecho Público Eclesiástico, el *Derecho Constitucional Canónico* viene a coincidir con el llamado *Derecho Público Eclesiástico Interno,* y su principal objeto de estudio son esas materias que acabamos de resumir. Dentro de la Escuela del Derecho Público Eclesiástico, el Derecho Constitucional Canónico no es más que una de las partes principales en que se divide toda la materia que es objeto de esta disciplina científica.

2ª. *Derecho Público Eclesiástico Externo*: Es la otra parte especial de la materia estudiada por esta disciplina científica. En ella se estudian las relaciones entre la Iglesia y el Estado, o sea, las relaciones entre las dos sociedades jurídicas perfectas. Las dos son soberanas en su propio orden y sus relaciones se basan en la igualdad. Y esto se regula a través de los Concordatos, que son tratados internacionales entre la Iglesia y el Estado, en un plano de igualdad. En caso de conflicto, la potestad suprema corresponde a la Iglesia, al ser ésta una sociedad superior por sus fines y medios basados en el Derecho divino positivo.

Como antes decíamos, es muy significativo que la última edición de Ottaviani sobre el Derecho Público Eclesiástico sea de 1964, año en que se está celebrando el Concilio Vaticano II. Cuando Juan XXIII nombra las primeras Comisiones para preparar el Concilio elige al Cardenal Ottaviani como presidente de la Comisión Teológica, encargada de redactar el esquema *«De Ecclesia».* Por tanto, los primeros borradores de los documentos del Concilio Vaticano II sobre la

Iglesia se escriben bajo la dirección de Ottaviani, a partir de los planteamientos que estaban presentes en la Teología y en el Derecho Público Eclesiástico de la época anterior y que se reflejan en su propio libro. Como antes se ha recordado, un principio clave de ese planteamiento es que la Iglesia era considerada como una *sociedad jurídica perfecta*, como consecuencia de la aplicación a la Iglesia de la doctrina del Derecho natural. Esta doctrina, por tanto, está basada en la razón humana y en la Filosofía del Derecho más que en la Revelación y en la Fe.

Durante la celebración del Concilio Vaticano II, este planteamiento entró en *crisis*. Poco a poco fue ganando terreno en el Concilio una línea doctrinal más innovadora que se fue imponiendo sucesivamente en las votaciones de los padres conciliares, y que finalmente acabó siendo aprobada en los documentos del Concilio, confirmados y promulgados por el Papa. Esta línea doctrinal se basaba en una Teología distinta de aquella que inspiraba a la Teología postridentina, de método apologético, que era la que estaba también en la base de la Escuela del Derecho Público Eclesiástico.

La Eclesiología que se va desarrollando en los documentos del Vaticano II se inspira en la Palabra de Dios, en la Revelación y en la Fe. De aquí surge una visión renovada de la Iglesia. Frente a la llamada *«Eclesiología societaria»*, de la sociedad jurídica perfecta, que destaca el carácter jurídico y jerárquico de la Iglesia, ahora aparece una nueva visión de la Iglesia como *Misterio* y *Sacramento*, destacándose la noción de Pueblo de Dios; y se elabora una *Eclesiología de Comunión* que resulta más integradora, pues en ella se incluyen también los demás aspectos societarios y jurídicos, además del carácter jerárquico de la Iglesia.

Estas son, pues, las razones por las que el planteamiento de la Escuela del Derecho Publico Eclesiástico, que significativamente estaba representado en el Concilio por Ottaviani, entró en crisis y terminó siendo sustituido por otro distinto, representado ahora por la nueva doctrina conciliar[8]. Es también muy significativo que el Concilio Vaticano II no hable ya –en ninguno de sus documentos– de la «sociedad jurídica perfecta», auque siga hablando de la Iglesia como *«sociedad»* y, por tanto, de la necesidad del Derecho Canónico.

Todo esto lógicamente no podía menos de incidir también en el Derecho Constitucional Canónico –tanto en su contenido como en su método– tal como lo concebía esta Escuela de la que acabamos de hablar.

8. Sobre la crisis del Derecho Público Eclesiástico puede verse, por ejemplo, P. Lombardía, *Le Droit Publique Ecléssiastique selon Vatican II,* Apollinaris 40 (1967) 59-112; E. Fogliasso, *Avremo il Codice del «Ius Constitutivum Ecclesiae»? Che ne serà allora del «Ius Publicum Eclesiasticum»*?, Palestra del clero 46 (1969) 48 y ss.

3. El derecho Constitucional y el Ius decretalium

Otra línea en la que se inserta el nacimiento del Derecho Constitucional Canónico como una disciplina científica es la de lo que podríamos llamar el *Ius Decretalium*. También esta línea científica tiene a sus espaldas una larga tradición canónica. Es una línea que, procedente del Derecho de las Decretales, se encuentra en el siglo XIX con la Escuela Histórica Alemana del Derecho. Nos vamos a referir solo muy brevemente a esa Escuela Decretalista, que elaboró el *Ius Decretalium* en sus diversos períodos históricos desde la Edad Media hasta el siglo XIX. Con esa herencia se encontró la Escuela Histórica Alemana, que fue donde nació ese Derecho Constitucional Canónico elaborado por algunos de sus representantes más destacados, y que formó parte del sistema jurídico por ellos creado. Podrá servirnos como paradigma el caso de *Wernz.*

3.1. *El Derecho de las Decretales*

La *Escuela de las Decretales* se fue formando como consecuencia de los comentarios a las colecciones de Decretales que desde el *Papa Gregorio IX* se fueron recopilando, y que se recogieron finalmente en el *«Corpus iuris canonici» (1582)*. La ciencia canónica, que nace con el Decreto de Graciano en el siglo XII, se convirtió a partir de ahora sobre todo en una exégesis y comentario de las Decretales. Las colecciones de las Decretales estuvieron vigentes hasta el CIC de 1917. Entre todos los comentarios, sobresalen los dedicados a las *Decretales de Gregorio IX*. El método característico de esta Escuela es el *método exegético,* pues se trataba de comentar ante todo el texto de las Decretales; por eso, a esta Escuela se la denomina también *«Escuela del Texto»*.

Las *Decretales de Gregorio IX* (1234) se dividen en cinco libros, conocidos vulgarmente por el titulo que le pusieron los estudiantes medievales y que usaban como regla mnemotécnica: *Iudex* (Juez), *Iudicium* (Juicio), *Clerus* (Clero, Sacramentos, oficios y beneficios…), *Connubia* (Matrimonio) y *Crimen* (Delitos y penas).

A nosotros solo nos interesa resaltar aquí que es en el primer libro («*Iudex*») donde se tratan principalmente las cuestiones de *Derecho Constitucional.* A ese libro, se le llamaba así porque ahí es donde se trataba de la potestad *de* jurisdicción, y la «*iurisdictio*» correspondía sobre todo al juez; según la concepción judicialista del Derecho, basada en el Derecho Romano, por Derecho se entiende ante todo lo que declaran los jueces[9]. Luego, el término «*iurisdictio*» experimentó

9. Véase, por ejemplo, A. D'Ors, *Derecho Privado Romano*, Pamplona [10]2004.

una evolución y pasó a designar también a toda la potestad de gobierno. Por eso, en el Derecho Canónico, tradicionalmente la potestad de gobierno era designada con el término *«potestad de jurisdicción»*.

En ese primer libro, además de la potestad de jurisdicción y de gobierno, se estudiaban también los sujetos en los que recaía esa jurisdicción. De ahí que con el término Juez –«*iudex*»– se trate de resumir en una palabra el contenido del libro. Por eso también las *cuestiones de Derecho Constitucional* tratadas por los comentaristas de las Decretales se encuentran sobre todo en los comentarios a ese libro primero, sobre todo cuando se aborda el tema de la *potestad de jurisdicción* –incluida también la potestad legislativa– y el tema de los *sujetos titulares de la potestad.*

Como bien sabemos, durante siglos gran parte de la Ciencia canónica se elaboró a partir de estos comentarios a las Decretales, en los que intervinieron los mejores canonistas de cada época. Esta etapa del Derecho Canónico se prolongó hasta llegar al Código de Derecho Canónico de 1917, en el que la exégesis y los comentarios a las Decretales fueron sustituidos por la exégesis y comentarios al Código. Sin embargo, durante el siglo XIX, la herencia del *ius decretalium* fue recibida también por una Escuela que se desarrolló especialmente en ese siglo, la denominada Escuela Histórica, de la que hablaremos a continuación.

3.2. *El Derecho Constitucional en la Escuela Histórica*

Esta Escuela supo combinar el método histórico con el método sistemático a la hora de elaborar la ciencia canónica. Fruto de esa elaboración fueron algunos tratados de Derecho Canónico en los que se utiliza también la división del Derecho antes mencionada en Público y Privado. El Derecho Constitucional es concebido como una parte de ese Derecho Público, aquella parte que estudia la Constitución de la Iglesia. Se trata, por tanto de una división en razón de la *materia.*

A nosotros solo nos interesa aquí ir a lo esencial, y para ello vamos a prescindir de un análisis detallado de autores, y vamos a utilizar como ejemplo y paradigma la obra de Wernz. *Francisco Javier Wernz* es uno de los mejores y más conocidos canonistas de la segunda mitad del siglo XIX[10]. Entre sus escritos, se encuentra su tratado de Derecho Canónico al que denominó con el significativo título de «*Ius Decretalium*» (la 1ª edición es de 1898). En él se recoge la gran herencia de los siglos anteriores, y, en ese sentido, se puede considerar a Wernz

10. Sobre Wernz puede verse R. Naz, *Wernz (François Xavier)*, en «Dictionaire de Droit Canonique» 7 (1965) 1636 y ss.; R. Puza, *Franz Xavier Wernz. Lehrer, Kanonist und Jesuitensend auss Rottweil. Ein deutscher Kirchenrecht in Rom,* Theologische Quartschirft 174 (1994) 22 y ss.; A. Viana, *Franz Xavier Wernz*, en «Juristas Universales» 3 (2004) 515-517.

como uno de los últimos decretalistas. Sin embargo, en ese tratado se utiliza ya el *método histórico* y el *método sistemático* de acuerdo con los planteamientos de la cultura jurídica del momento, y en particular los que eran propios de la *Escuela Histórica alemana del siglo XIX*. Por eso, en ese tratado se asume también la división de la ciencia jurídica en *Derecho público y Derecho privado,* y esta división se aplica luego al Derecho Canónico.

Después de un primer tomo introductorio –«Introductio in ius decretalium»–, en el que, entre otras cosas, se hace un resumen de la Historia de las fuentes y de la Historia de la ciencia del Derecho Canónico, los siguientes tomos están dedicados a las diferentes partes en que se dividía el sistema del Derecho Canónico. Inmediatamente, tras el tomo introductorio, el siguiente tomo está dedicado al *«Ius constitutionis Ecclesiae Catholicae»*, es decir, al Derecho Constitucional.

El *Derecho Constitucional* es, por tanto, la primera parte en que está dividido el conjunto del sistema Canónico elaborado por Wernz. A esta parte siguen otras partes, que se incluyen en los tomos restantes, y que se denominan respectivamente Derecho Administrativo, Derecho Matrimonial, Derecho Procesal y Derecho Penal. Se trata de la división del Derecho Canónico que utilizaban también otros canonistas de la Escuela Histórica, de acuerdo con el método histórico–sistemático.

Como se ve, Wernz ya no sigue exactamente la división clásica de los 5 libros de las Decretales, con el consiguiente comentario exegético de cada uno de ellos, sino que adopta el sistema y la división que se había hecho común en esa Escuela Jurídica del siglo XIX, y cuyos representantes más destacados enseñaban en las Universidades civiles. Como consecuencia de la utilización de ese método sistemático y no meramente exegético, el *«Derecho Constitucional»* –ya bajo este título– es considerado como una de las partes principales de ese gran sistema jurídico–Canónico que es el *«Ius Decretalium».*

En cuanto al contenido de ese tomo dedicado al Derecho Constitucional, en línea con la tradición de los comentarios anteriores a las Decretales, sigue tratando sobre todo de la *Jerarquía de jurisdicción* en la Iglesia; es decir, trata de la potestad de jurisdicción eclesiástica y de los órganos en los que recae la jurisdicción, desde el Romano Pontífice y los Obispos hasta los órganos jerárquicos inferiores que participan de esa jurisdicción. Por tanto, se trata de una división de la ciencia canónica basada sobre todo en la diferencia de materia.

En cuanto al método, Wernz utiliza el *método jurídico*, combinado con el método histórico –éste último lo utiliza especialmente en el primer tomo introductorio– como suelen hacer también otros autores de la Escuela Histórica. Entre otras cosas, la utilización del método jurídico es una de las diferencias que se

dan entre la Escuela Histórica y la Escuela del Derecho Público Eclesiástico, que, además del método apologético, utiliza más bien un método teológico–jurídico.

Por eso, al margen de los criterios de división por materias y del contenido del *Derecho Constitucional Canónico* dentro del entero sistema Canónico, lo que nos interesa subrayar ahora es que, ya en el siglo XIX, había adquirido un estatuto científico, como una parte integrante e importante de la ciencia Canónica.

4. Desde la codificación al Concilio Vaticano II

Sin embargo, un estudio de los orígenes de la ciencia del Derecho Constitucional Canónico podría quedar incompleto si no hiciésemos referencia a lo que sucedió tras la promulgación del Código de Derecho Canónico de 1917 y al método exegético que se utilizó en la fase potscodicial. Por eso trataremos ahora brevemente de esta fase. Después, nos referiremos también a lo que significó la celebración del Concilio Vaticano II. Puede decirse que la doctrina eclesiológica del Concilio abrió una nueva etapa en la historia del Derecho Constitucional Canónico y, en consecuencia, se puede decir también que con ella concluyó esa primera etapa en la que situamos los orígenes y primeros desarrollos de esta ciencia.

4.1. *La etapa postcodicial*

Visto el éxito que estaban cosechando las codificaciones civiles en casi todos los países europeos, las cuales permitían reunir lo esencial del Derecho civil, y ordenarlo sistemáticamente de acuerdo con una depurada técnica de divisiones y subdivisiones, hasta hacer perfectamente manejables los artículos del Código civil; considerando también la ventaja que suponía para el estudio y aplicación del Derecho que las materias más importantes pudieran estar resumidas en un pequeño volumen, en lugar de estar dispersas y diseminadas en una inextricable selva de leyes, pertenecientes además a diversos momento históricos, y, por tanto, cuya vigencia podía resultar también dudosa; el *Papa San Pío X,* que tuvo que vencer la resistencia de algunos sectores de la Iglesia y de la Canonística, decidió finalmente impulsar también la codificación del Derecho de la Iglesia.

Ya en 1870, en el *Concilio Vaticano I*, algunos Padres se habían mostrado favorables a una codificación del Derecho Canónico, pero se daban cuenta de las muchas dificultades que esto entrañaba. Todo eso fue superado y el Papa Pío X decidió crear una Comisión para sacar adelante la codificación. Sin embargo, este Papa no pudo ver terminada su obra y fue el *Papa Benedicto XV* quien promulgó el Código de Derecho Canónico en 1917. El CIC de 1917 estaba dividido

en cinco libros, a semejanza de la división clásica de las Decretales de Gregorio IX. Por otra parte, también estaba presente la tradición de la Escuela de las Instituciones. Así, tanto en la división y sistemática de los libros, como en el nombre con que se los designa y en la estructuración de las materias se trata de conservar la *tradición de las Decretales y de las Instituciones*. De esta forma, se manifiesta el deseo de no romper con el pasado y de continuar la tradición canónica. Los cinco libros en los que se dividía el CIC de 1917 son: I. Normas generales. II. Las personas. III. Las cosas. IV. Los juicios. V. Los delitos y las penas.

Las cuestiones referentes al Derecho Constitucional de la Iglesia se estudiaban principalmente en el libro II («*de personis*»). Las «personas» se clasificaban en clérigos, laicos y religiosos, y, a propósito de los clérigos, se estudiaba la jerarquía de jurisdicción, desde el Romano Pontífice y las Obispos, hasta lo últimos grados de la jerarquía de la Iglesia. Por tanto, el Derecho Constitucional contenido en el Código de Derecho Canónico de 1917 era básicamente un *Derecho Constitucional de las personas en la Iglesia*.

Poco después de la promulgación del Código, la Congregación de los Seminarios y Universidades publicó una «Instrucción» por la que establecía que en los Centros Eclesiásticos de formación se estudiase el Derecho Canónico de acuerdo con el texto y las diversas divisiones sistemáticas del Código. Por tanto, la Santa Sede quería que se estudiase el Derecho de la Iglesia usando el Código como texto básico, procurando que la distribución de la enseñanza del Derecho Canónico respondiera al contenido y estructura del Código. Así, las diferentes disciplinas académicas en que se distribuía el plan de estudios correspondían también a las denominaciones usadas por el Código. De este modo, al menos en los Centros Eclesiásticos, desaparece la disciplina «Derecho Constitucional» como una disciplina autónoma, y pasa a convertirse en un tratado sobre las personas («*de personis*»), basado en la exégesis de los cánones correspondientes a ese libro II del Código de Derecho Canónico.

No obstante, la denominación «Derecho Constitucional» no desaparece del todo, a pesar de la influencia que ese método exegético del Código va a tener en la Ciencia Canónica que se elabora a partir de él. Algunos autores conservaron el nombre «*Derecho Constitucional Canónico*» en sus comentarios exegéticos al Libro II del «*Codex*». En este sentido, es muy significativa la reelaboración que Vidal hace del «*Ius decretalium*» de Wernz para adaptar ese Tratado al Código de Derecho Canónico. Efectivamente, el Tratado de Wernz, reelaborado por Vidal, comienza a editarse con el nuevo título de «*Ius Canonicum*», y se convierte en el *Wernz–Vidal*. En las sucesivas ediciones que e*l* «*Ius Canonicum*» de *Wernz–Vidal* va teniendo, el volumen II, que es también donde se hace el comentario

exegético del Libro II del Código de Derecho Canónico, sigue conservando esa denominación de «*Derecho Constitucional*», en el mismo sentido que se utilizaba en el libro anterior, en el «*Ius Decretalium*», para referirse a esa parte del entero sistema Canónico.

Algo parecido ocurrió también con otros autores, que, de diversas maneras, conservaron también le denominación «*Derecho Constitucional*» para designar: o bien el comentario exegético al Libro II del «*Codex*», o bien un tratamiento autónomo de la materia Constitucional según el método sistemático. Entre ellos, cabría destacar a otros dos autores germánicos, *Eduardo Eichmann y Klaus Mörsdorf*, que continuaron así la tradición de la Escuela Histórica alemana del siglo XIX.

Así, entre las principales obras de Mörsdorf se encuentra su «*Lehrbuch des Kirchenrechts*», un Manual que alcanzó sucesivas ediciones[11]. En este Manual, que fue iniciado por Eichmann, maestro de Mörsdorf, y que fue después continuado, reelaborado y ampliado por el propio Mörsdorf, se contiene una parte dedicada al «*Derecho Constitucional*». Esta parte está situada dentro del volumen I, que está consagrado a su vez al Derecho de las personas, según la sistemática del Código de Derecho Canónico de 1917.

Como es sabido, *Klaus Mördsdorf* fue uno de los primeros canonistas que, antes del Concilio Vaticano II, utilizaron el concepto de Iglesia como *Pueblo de Dios*, y lo tuvieron en cuenta en la elaboración del Derecho Canónico. Para él, el Derecho de la Iglesia –y también su Derecho Constitucional– es el Derecho del Pueblo de Dios. Al estudiar la diversidad de miembros de la Iglesia, considera que es propia del Derecho Constitucional la división entre clérigos y laicos, a partir del Sacramento del Orden. Pero sobre todo desarrolla el tratado sobre los clérigos y la jerarquía de jurisdicción. Y, dentro de la jerarquía de jurisdicción, estudia las líneas principales de la jurisdicción eclesiástica: la potestad de jurisdicción del Papa, como Primado de la Iglesia, y todos los que participan de la potestad del Papa; y luego estudia la línea de la jurisdicción de los obispos diocesanos y los que participan de esa jurisdicción de los Obispos.

Por tanto, el Derecho Constitucional, tal como Mörsdorf lo concibe, trata sobre todo de la jerarquía de jurisdicción y de los sujetos de la potestad de la Iglesia. Los órganos Constitucionales vienen a identificarse con toda la organización jerárquica de la Iglesia. Con ello se continúa la línea de Wernz y de la Escuela Histórica alemana, que considera al Derecho Constitucional como una parte sis-

11. Sobre Mörsdorf puede verse A. Cattaneo, *Questioni fondamenteli della canonistica nel pensiero di Klaus Mörsdorf*, Pamplona 1986; W. Aymans, *Professor Dr. Iur. Dr. Theol. Dr. Iur. Can. h. c. Klaus Mörsdorf zum Gedüchtness*, Archiv für Katholisches Kirchenrecht 158 (1989) 7 y ss.

temática de la Ciencia canónica, que se diferencia de las demás por razón de la materia. El Derecho Constitucional estudia lo que estos autores consideran que forma parte de la Constitución de la Iglesia, es decir, lo que se refiere al Derecho divino y también a aquella parte del Derecho humano que desarrolla la organización jerárquica de la Iglesia.

4.2. *La eclesiología del Concilio Vaticano II*

El *Concilio Vaticano II*, que fue clausurado el 8 de diciembre de 1965, constituye un evento del cual todavía vivimos y que ha supuesto grandes cambios para el Derecho Canónico. La doctrina del Vaticano II sobre la Iglesia ha dado lugar a una *nueva eclesiología*, todavía en fase de elaboración y de reelaboración. Se trata de una eclesiología más integral que aquella eclesiología de la época postridentina, elaborada en polémica con el Protestantismo y en base al método apologético. Esta nueva *«eclesiología de comunión»*, como con frecuencia se la denomina, se ha elaborado haciendo una reflexión sobre la Iglesia a partir de las bases que proporciona la Revelación, y no a partir de modelos proporcionados por la Filosofía del Derecho o por la Filosofía social y política.

Sin embargo, esta eclesiología de comunión no se debe contraponer de modo simplista, y muchas veces anacrónico, a aquella eclesiología elaborada después de Trento, a la que, a veces, de modo despectivo se denomina «eclesiología societaria» o «eclesiología jerarcológica»; porque esta eclesiología de comunión que deriva del Concilio Vaticano II asume también todo lo que había de bueno en aquella eclesiología posterior a Trento. En este sentido, el Concilio Vaticano II sigue hablando de la Iglesia como sociedad y de su necesaria dimensión jerárquica y jurídica –como no podía ser menos–, pero sabe integrar estos aspectos de la Iglesia con los otros aspectos también muy importantes de su naturaleza y misión, tal como los ha puesto de manifiesto la nueva eclesiología de comunión. En resumen, la Eclesiología del Vaticano II es una *eclesiología más integral*, más comprensiva, que asume también todo lo positivo de la concepción de la Iglesia como sociedad.

Por tanto, después del Concilio Vaticano II surgió un nuevo enfoque y una nueva doctrina sobre la Iglesia. Esta nueva eclesiología no pudo dejar de influir en el Derecho Canónico, y, más en particular, en el Derecho Constitucional Canónico, cuyas bases no pueden ser ya las mismas que en la época anterior.

Nació así una *nueva etapa* en la historia del Derecho Constitucional Canónico en cuanto ciencia. Es la etapa en la que nos encontramos ahora, y que no va a ser ya objeto de estas páginas, cuyo cometido era más modesto, y se limitaba a glosar brevemente los orígenes y primeros desarrollos de esa ciencia antes del Vaticano II.

3
EL DERECHO CONSTITUCIONAL CANÓNICO TRAS LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO DE 1983*

Sumario: 1. Introducción. 2. El Derecho Constitucional como rama de la ciencia canónica. 3. La estructura constitucional de la Iglesia. 4. Los derechos fundamentales de los fieles. 5. El principio de congruencia y de prevalencia. 6. Estructuras complementarias en la constitución de la Iglesia. 7. Conclusión.

1. Introducción

Siendo muy escasa la producción de la bibliografía canónica sobre Derecho Constitucional –especialmente desde que se descartó por la Autoridad competente en la materia la promulgación de una Ley Fundamental para la Iglesia–, hay que saludar con todos los honores la aparición de un volumen donde se hace una exposición completa del Derecho Constitucional Canónico. La lectura atenta de este libro me ha sugerido innumerables ideas, cuya exposición pormenorizada harían excesivamente largas las páginas que habitualmente se suelen dedicar a una recensión o a una nota bibliográfica. Trataré, por tanto, de ceñirme a algunas de ellas, sin perder nunca de vista las coordenadas que son propias de una nota de este estilo, dejando para mejor ocasión unos comentarios más libres sobre las interesantes cuestiones abordadas en el libro.

Ante todo hay que decir que, como señala el autor en un breve Prólogo que encabeza el volumen, «en su núcleo fundamental –puesto al día y con bastantes añadidos– esta obra contiene la parte de Derecho Constitucional del volumen primero de *El Derecho del Pueblo de Dios*, agotado hace años. La prematura y llorada muerte del Prof. Pedro Lombardía ha impedido presentar el libro como una

(*) Publicado en Ius Canonicum 57 (1988), 359-369. (Nota crítica a propósito del libro de J Hervada, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, Eunsa, Pamplona 1987, 313).

reedición, corregida y aumentada, de dicho volumen; y también haber podido contar con su colaboración, que tanto hubiese enriquecido esta obra. Se presenta, en consecuencia, como una obra nueva y bajo mi entera responsabilidad».

Por tanto, las circunstancias que el Prof. Hervada señala en este párrafo que acabo de citar, explican que el libro pueda presentarse como una nueva obra, y no como una simple reedición en colaboración con quien lógicamente ya no podía prestarla, aunque el llorado maestro Pedro Lombardía siga estando de algún modo presente en ella, a través de un magisterio del que Hervada se declara deudor en una dedicatoria que reza así: «A Pedro Lombardía, mi maestro y amigo, con perenne recuerdo».

No obstante conviene señalar también en honor a la verdad que, aunque el libro tiene su antecedente en aquel primer volumen de *El Derecho del Pueblo de Dios,* el Prof. Hervada se ha preocupado de ponerlo al día –no hay que olvidar que aquel primer volumen fue publicado en 1970 y, por tanto, en unas circunstancias muy distintas de las que se dan a los casi 20 años de su publicación, entre las que habría que destacar la promulgación del nuevo Código de Derecho Canónico– y ha añadido nuevos capítulos que suponen, junto a su actualización, un auténtico desarrollo orgánico de aquella primitiva edición.

El Prof. Hervada conserva la sistemática anterior, pero divide el libro en tres partes, donde integra los capítulos anteriores y los nuevos. En la primera parte –«Nociones generales»– es donde hay formalmente menos novedades. Sin embargo, en la segunda parte –«La dimensión universal de la Iglesia»– se introducen varios capítulos que son completamente nuevos –así, el capítulo III, que trata de «La Iglesia una y universal», y el capítulo VII, que trata de «El Gobierno de la Iglesia Universal»– o se desarrollan determinados apartados que no existían en la primera publicación –como, por ejemplo, el largo apartado sobre «La potestad eclesiástica», incluido en el capítulo VI. Finalmente, la tercera parte –«La dimensión particular de la Iglesia»)– es completamente nueva, y está constituida por un solo capítulo –«La Iglesia particular y estructuras complementarias» donde el autor estudia, además de los diversos tipos de Iglesias particulares, otras estructuras que él denomina «complementarias», y dentro de las que incluye una de las novedades del vigente Código de Derecho Canónico, las prelaturas personales.

De todo lo dicho se desprende que no estamos efectivamente ante una reedición de un libro anterior, sino que se trata de un nuevo libro, aunque se conserven –actualizados– los capítulos del volumen primitivo.

Respecto al cambio de título, me parece que puede obedecer, tanto al hecho de que en este volumen sólo se pretende tratar de Derecho Constitucional, como

a que el modo de hacerlo pretende ser también el propio de los Manuales. Por tanto, me parece que no se ha pretendido ofrecer un tratado completo sobre la materia, sino más bien unos «Elementos» que proporcionan una síntesis sistemática de las principales cuestiones que pueden ser objeto de estudio y explicación en un curso de Derecho Constitucional, y que pueden ayudar en la tarea didáctica al estudio de la disciplina. Por lo demás, este planteamiento didáctico se manifiesta también en determinados aspectos formales del libro, como la ausencia de citas a pie de página, o el uso de diverso tipo de letras, cuando se trata de párrafos o apartados que ofrecen más bien explicaciones marginales, o que desarrollan más en detalle lo que es objeto de la exposición principal.

2. El Derecho Constitucional como rama de la ciencia canónica

Pasando ya al contenido y al método desarrollado en el libro, lo primero que llama la atención es que el autor se haya atrevido a publicar un Manual de Derecho Constitucional cuando los diversos intentos de establecer un orden Constitucional para la Iglesia, al menos aparentemente, han fracasado. Como es bien sabido, se ha descartado por ahora la promulgación de una Ley Fundamental para la Iglesia, de la que la época postconciliar nos había ofrecido tantos esquemas y proyectos, incluso oficialmente elaborados por la Pontificia Comisión para la reforma del Derecho Canónico, que hoy sin embargo han quedado archivados o han ido a parar al cesto de los papeles. Por otra parte, tampoco el recientemente promulgado Código de Derecho Canónico contiene algún libro o parte dedicados al Derecho Constitucional propiamente dicho, salvo que se pretenda considerar así la segunda parte del libro segundo, al haberse escogido para denominarlo el título «De la Constitución jerárquica de la Iglesia». En todo caso, no parece que los planteamientos de una Ley Fundamental de la Iglesia, que a nivel de proyecto legislativo o de exposición doctrinal tuvieron curso en esos años a que me he referido, tengan nada que ver con lo que se refleja actualmente en esa parte del Libro n, aunque su título –que responde más bien a una denominación tradicional del *Ius Publicum Ecclesiasticum,* utilizada con otra finalidad– pudiera dar lugar quizá a equívoco o engaño.

En estas circunstancias –que son bien distintas evidentemente de aquellas que se daban en 1970, cuando se escribió el primer volumen al que ha sucedido ahora el que comentamos–, ¿se puede seguir hablando de Derecho Constitucional Canónico? Me parece que el libro del Prof. Hervada pretende precisamente responder a este interrogante, y lo hace de un modo afirmativo, basándose en un planteamiento metodológico cuyas tesis principales son las siguientes:

En primer lugar, que existe un orden jurídico Constitucional, como parte del Derecho Canónico, que está formado por aquellas «estructuras primarias y fundamentales por las cuales el Pueblo de Dios como tal se forma, se configura y se organiza básicamente» (p. 24).

En segundo lugar, que ese orden jurídico Constitucional prevalece sobre el resto del ordenamiento Canónico por razones de congruencia (principio de prevalencia o de congruencia). Para decirlo también con palabras del autor: «La técnica jurídica Constitucional implica que el Derecho Constitucional se constituye en criterio de interpretación de todo el ordenamiento, de modo que todas las disposiciones restantes deben interpretarse en conformidad con el Derecho Constitucional, aunque la letra de la ley no dé pie a esa interpretación. En otras palabras, el Derecho Constitucional prevalece incluso sobre la letra del resto de las disposiciones canónicas» (p. 38).

En tercer lugar, que el Derecho Constitucional, en cuanto Ciencia, no es una simple parte del Derecho Canónico, que sea consecuencia de la mera división por materias para estudiar más fácilmente los diversos sectores del ordenamiento, sino que es una auténtica *rama de la Ciencia Canónica,* en el sentido de que tiene, además de un objeto propio, una *específica formalidad,* que se caracteriza *«por la peculiaridad de sus principios científicos y de sus recursos técnicos,* que son los que, en última instancia, hacen de la ciencia del Derecho Constitucional una rama científica, específica y característica» (p. 23).

El libro es en realidad un desarrollo de estas tesis que he tratado de resumir, y un desarrollo que pretende, además, ser congruente en todo momento con ellas: En honor del autor hay que decir también que esa congruencia se mantiene rigurosamente a lo largo de todas sus páginas. Por tanto, las tesis, en cuanto tales, pueden ser discutibles, pero no se podrá reprochar al Prof. Hervada falta de coherencia a la hora de exponerlas, desarrollarlas y sacarles consecuencias.

De otra parte, me parece que es también un mérito del libro, como en general ocurre con otros escritos del Prof. Hervada, el de ofrecer incitantes reflexiones sobre cuestiones de fondo del Derecho Canónico que, al margen de que se esté o no de acuerdo con ellas, no cabe duda que proporcionan sugerentes puntos de vista para el diálogo científico y provocan también la reflexión personal. En este sentido, se trata de un libro que hay que leer con detenimiento, y las posibles discrepancias con las opiniones del autor no se hacen cómodas desde la precipitación o la superficialidad. Diría, además, que cualquier persona que quiera reflexionar seriamente sobre la Constitución y el Derecho Constitucional de la Iglesia no tiene más remedio que adentrarse en las densas páginas de estos «Elementos», so pena de dejarse una laguna sin colmar.

Y dicho esto, ¿qué decir de las tesis principales que se sustentan en el libro?

3. La estructura Constitucional de la Iglesia

Sin ánimo de agotar la materia y teniendo presentes las que antes he intentado resumir, la primera cuestión que se plantea –y que está implícita en cualquier escrito que trate sobre Derecho Constitucional– es la de qué haya que entender por Constitución de la Iglesia. Como es sabido, el concepto de Constitución no es pacífico en la doctrina jurídica. Ciñéndonos al Derecho Canónico, el pluralismo de opiniones se manifestó durante la elaboración de los esquemas sobre la Ley Fundamental de la Iglesia. Algunos canonistas hicieron más hincapié en lo que podríamos llamar la Constitución en sentido material, otros en lo que llamaríamos la Constitución en sentido formal. Algunos no llegaron a desprenderse del planteamiento según el cual la función de una Ley Fundamental era la de ofrecer una imagen de la Iglesia, confundiendo una norma jurídica con un texto del Magisterio. Otros subrayaron especialmente la necesidad de asumir la técnica jurídica Constitucional por el Derecho de la Iglesia. Entre estos últimos se encontraban los profesores Lombardía y Hervada.

La discusión se prolongó durante aquellos años del postconcilio, al mismo tiempo que se desarrollaban los trabajos de reforma del Derecho Canónico.

En su nuevo volumen de Derecho Constitucional, el Prof. Hervada continúa defendiendo la tesis de la necesidad de incorporar la técnica del Derecho Constitucional al Derecho Canónico, aunque lógicamente no de un modo indiscriminado, sino atendiendo a las exigencias y condiciones características del Misterio de la Iglesia. Para Hervada, la técnica jurídica Constitucional es un instrumento que debe ponerse al servicio del principio de prevalencia de las normas Constitucionales, para hacer una correcta interpretación y aplicación de todo el Derecho Canónico.

Pero si se mantiene la prevalencia del Derecho Constitucional sobre el resto del ordenamiento, y no se duda en defender la conveniencia y hasta necesidad de asumir la técnica Constitucional con esa finalidad, la cuestión de en qué consiste la Constitución de la Iglesia o, dicho de otro modo, la cuestión de cuál sea el contenido del Derecho Constitucional, es una cuestión clave, puesto que se trata de saber cuáles son las normas que prevalecen. Y esta cuestión es todavía más importante si no se dispone de una Constitución formalizada, en la que se nos diga cuáles son las normas Constitucionales y cuáles no, como ocurre en el caso del Derecho Canónico.

¿Cuál es la respuesta de Hervada a esta cuestión?

El autor se mueve en diversas líneas cuando la aborda. Unas veces, en la línea de las relaciones Derecho Divino y Derecho humano. En este sentido, considera que, aunque el núcleo fundamental del Derecho Constitucional es el Derecho Divino, sin embargo, también son Constitucionales aquellas normas del Derecho humano que afectan a las estructuras básicas de la Iglesia.

Otra línea es precisamente la que se refiere a la determinación de cuáles son esas «estructuras primarias y fundamentales por las cuales el Pueblo de Dios se organiza básicamente». En esta última línea, el autor no llega a establecer de un modo concreto cuáles son esas estructuras –al menos no llega a dar una definición, ni hace una descripción completa de aquellas que considera tales–, aunque cabe deducir del contenido de su libro que con ellas se refiere: de una parte, al Romano Pontífice y al Colegio Episcopal, para la dimensión universal de la Iglesia, y de otra parte, a las Iglesias Particulares y a lo que denomina estructuras complementarias, para la dimensión particular de la Iglesia.

Dejando aparte el caso del Romano Pontífice y del Colegio Episcopal, cuyo carácter de estructuras Constitucionales de la Iglesia nadie discute, puede ser más discutible el caso de las estructuras que incluye dentro de la dimensión particular de la Iglesia, puesto que en ellas engloba no solamente a la Diócesis, sino también a los demás tipos de Iglesia particular, y añade además las estructuras complementarias.

Con independencia de que se comparta o no esta caracterización del autor, tengo la impresión de que para entender bien su pensamiento hay que tener presente las líneas dentro de las que se mueve. Concretamente, a ese respecto me parece que conviene tener en cuenta sus consideraciones sobre la estructura *ordo–plebs* y sobre los elementos que componen las diversas «*portiones Populi Dei*»: pastor de orden superior (obispo o prelado con potestad de naturaleza episcopal), clerecía y pueblo cristiano. Si no he entendido mal su pensamiento, para Hervada las estructuras que constasen de estos elementos serían porciones del Pueblo de Dios que tendrían carácter Constitucional, en cuanto que en ellas están presentes los elementos constitutivos de la dimensión particular de la Iglesia.

Sin embargo, dados los matices aquí implicados, se hace difícil resumir en el corto espacio dedicado a una nota bibliográfica lo que requiere una insustituible y atenta lectura directa del libro para entenderlos bien, y a ella no tengo más remedio que remitir al lector.

4. Los Derechos fundamentales de los fieles

Otra cuestión importante que afecta al contenido del Derecho Constitucional, según el planteamiento de Hervada, es la que se refiere a los derechos fundamentales del fiel. Como es sabido, también sobre este punto versó parte de la polémica durante la fase de reforma del Derecho Canónico, y a lo largo del *iter* que siguieron los diversos esquemas de Ley Fundamental. A ello se dedicó incluso el Congreso Internacional que la «Consociatio Internationalis studio iuris canonici promovendo» celebró en Friburgo en 1980.

En este punto, el Prof. Hervada continúa defendiendo el carácter de derechos fundamentales que tienen los derechos de los fieles y aboga, por tanto, por un reconocimiento de su función como principios informadores del ordenamiento jurídico. Con esto quiere decir que «las leyes deben interpretarse en consonancia con los citados Derechos y que la jerarquía –en general la organización eclesiástica– tiene el deber de actuar de modo que esos Derechos sean protegidos, garantizados y fomentados» (p. 103).

Como es evidente que los derechos de los fieles que se hallan recogidos en el Código de Derecho Canónico no tienen formalmente carácter Constitucional –en cuanto contenidos en una ley ordinaria–, su naturaleza de derechos fundamentales y su función de tales tiene que derivar de su fundamento en la estructura Constitucional de la Iglesia y, en definitiva, en que se basan en principios de Derecho divino.

El problema que puede encontrar esta tesis de Hervada sobre los derechos fundamentales de los fieles, está en si se puede hablar globalmente de derechos fundamentales respecto a todos aquellos derechos de los fieles que se encuentran recogidos en el Código, o si habría que matizar esa caracterización, teniendo presente uno por uno los allí regulados, y su grado de dependencia y vinculación con el Derecho divino, y con la estructura de la Iglesia. También es sabido cómo un sector de la Canonística rechaza esa caracterización de derechos fundamentales para los derechos de los fieles –al menos tal como se encuentran regulados en el Código–, o llega incluso a negarles el carácter de auténticos derechos subjetivos, al considerar insuficientes las garantías jurídicas con las que se encuentran protegidos.

5. El principio de congruencia y de prevalencia

Siguiendo adelante en el comentario a las tesis de Hervada, quería subrayar también la importancia capital que en su planteamiento del Derecho Constitucional Canónico tiene el principio de prevalencia o de congruencia, al que ya

antes se ha aludido. Quisiera hacer notar ahora que la formulación que de este principio hace el Prof. Hervada –y de la que es una muestra elocuente el párrafo antes citado, según el cual el Derecho Constitucional «prevalece incluso sobre la letra del resto de las disposiciones canónicas»–, parece chocar claramente con el criterio de interpretación sustentado en el canon 17. De acuerdo con este canon, «las leyes eclesiásticas deben entenderse según el significado propio de las palabras, considerado en el texto y en el contexto », es decir, el sentido literal de las normas es el primero que debe tenerse en cuenta a la hora de su interpretación. Los demás criterios son subsidiarios, y sólo «si resulta dudoso u obscuro» el sentido literal puede acudirse a ellos (lugares paralelos, fin y circunstancias de la ley, y mente del legislador).

Comprendo que para un autor como Hervada, tan alejado de las tesis del positivismo jurídico, esa posible objeción a su planteamiento podría ser tachada de legalista. Pero no hay que olvidar que el criterio que se sustenta en el canon 17 es una norma del Derecho Canónico, es decir, de un ordenamiento que cuida de no hacer al positivismo concesiones innecesarias. Por tanto el criterio que ahí se establece no parece que pueda obedecer a una inspiración positivista, y su fundamento habrá que encontrarlo más bien en otros principios que también son exigencias de justicia, tales como la certeza y la seguridad jurídica.

Dicho en otros términos, me parece que el principio de congruencia –cuya aplicación con las consecuencias ya mencionadas es dejada en manos de la Jurisprudencia (muy escasa en materias Constitucionales) o de la doctrina–, corre siempre el peligro de la arbitrariedad si se olvidan las exigencias de la certeza jurídica, y podría ser utilizado como un arma de doble filo para legitimar discrepancias, más o menos fundadas, frente a la legalidad vigente. No hay que olvidar que ha sido el propio legislador Canónico el que, por expresa voluntad suya contenida en el canon 17, ha establecido unos criterios de interpretación y un orden de preferencia dentro de los mismos.

Al margen de estas consideraciones, que efectivamente podrían estar bajo la influencia de ciertos prejuicios positivistas, me parece que la tesis del Prof. Hervada sobre el principio de prevalencia es plenamente consciente de estas consecuencias para la interpretación del Derecho Canónico, y que, por tanto, ha querido expresamente arrostrar el peligro, en beneficio de los grandes principios de la justicia y de la equidad canónicas. En todo caso, seguramente dista mucho de sus intenciones un posible uso de este principio desde la improvisación o la superficialidad, y exigiría en cambio el máximo rigor y ponderación a la hora de utilizarlo con las consecuencias que él mismo ha previsto, cuando contempla la hipótesis del posible conflicto con la letra de la ley.

Finalmente, respecto a la tesis de Hervada de considerar el Derecho Constitucional como una rama de la Ciencia Canónica y no una simple parte o sector material del sistema Canónico, decíamos antes que la apoya precisamente en la existencia de unos principios propios y específicos que le confieren su peculiar formalidad, y muy especialmente la apoya en el reconocimiento del principio de prevalencia. Todo ello confirma que –según el planteamiento del autor– este principio se convierte en el eje sobre el que gira esta posible rama de la Ciencia Canónica y que, por tanto, es de la máxima importancia su correcta fundamentación y la delimitación de las normas a que pueda afectar.

6. Estructuras complementarias en la constitución de la Iglesia

Hasta aquí me he referido a algunas de las tesis principales del libro. Pero ya decía al principio que no pretendía agotar la materia. A otras muchas cuestiones de interés –tanto para el Derecho Constitucional como para el Derecho Canónico en general–, se refiere el autor. Basta echar una ojeada al índice del volumen para darse cuenta de su importancia para la Ciencia Canónica. Así, las cuestiones relativas al método jurídico–Constitucional; las relativas a la Iglesia como comunión y a los diversos aspectos de la *communio;* las relativas a la Organización Eclesiástica y a sus funciones; a la *sacra potestas* y a la potestad de jurisdicción, etc. Algunas de ellas no fueron tratadas en el primer volumen de «El Derecho del Pueblo de Dios», y otras ya fueron tratadas allí, pero han sido reelaboradas ahora.

Desde el punto de vista de la novedad, tienen interés sobre todo los dos últimos capítulos, en los que se trata de los órganos y estructuras Constitucionales de la Iglesia –Papa y Colegio Episcopal, en el capítulo VII, e Iglesia Particular y estructuras complementarias, en el capítulo VIII y último–. Considero de especial interés este último capítulo VIII, dedicado a la dimensión particular de la Iglesia, por su mayor novedad también como tema Canónico, pues el tema de la Iglesia Particular ha ido madurando mucho en la etapa del postconcilio, y su formalización jurídica en el Código se ha beneficiado de esa maduración. Igualmente interesantes me parecen las páginas dedicadas a las estructuras complementarias, donde destaca la figura de las prelaturas personales como otra de las grandes novedades del Código vigente.

Respecto a estas «estructuras complementarias», cuya denominación ha acuñado el autor, las concibe como «estructuras o del *ordo,* o del conjunto *ordo–plebs,* distintas de las Iglesias particulares, cuya finalidad es resolver necesidades pastorales y de organización para las cuales no es apta la figura de Iglesia particular.

Las llamamos complementarias, porque complementan a las Iglesias particulares en función de las necesidades de ellas y de la Iglesia Universal» (p. 308).Más adelante el autor afirma que estas estructuras «constan de un presbiterio, de una cabeza con capitalidad prelaticia o semiplena –aunque nada impide que sea plena– y, en su caso, de *populus christianus.* Constan, pues, de un prelado que las preside como pastor ordinario y propio o vicario (cuyas funciones y potestades pueden ser variables), de un presbiterio y, en su caso de pueblo» (p. 309).

En congruencia con este planteamiento, el Prof. Hervada considera que «para la correcta interpretación de las normas que las rigen, se debe seguir la técnica jurídica de la equiparación formal –no sustancial ni teológica– con las diócesis y cuasidiócesis. Esto es, tanto para llenar lagunas de la legislación como para la interpretación de la existente, se ha de recurrir a las normas que rigen las figuras de prelado (equiparado al obispo diocesano) y ordinario del lugar, a la organización diocesana, al ministerio presbiteral, etc». (p. 310).

No es difícil darse cuenta que la cuidada terminología técnica utilizada por el Prof. Hervada –por ejemplo cuando se refiere al recurso a la equiparación formal de esas estructuras con las Iglesias particulares–, pretende dar respuesta, desde la Metodología jurídica, a los equívocos que surgieron durante la elaboración del Código, cuando algunos no acertaron a distinguir con claridad que la diferencia teológica entre las Iglesias particulares y las prelaturas personales, era perfectamente compatible con una equiparación desde el punto de vista jurídico, siendo éste un recurso técnico que se utiliza corrientemente por razones de economía legislativa, y como medio para llenar lagunas en materias no reguladas por el legislador.

7. Conclusión

Tengo que terminar estas consideraciones, y lo hago repitiendo que no puedo, ni quiero, sustituir al lector en la imprescindible tarea de leer por sí mismo este importante volumen. El Prof. Hervada es de sobra conocido en el mundo de la Canonística y no necesita presentación. Pero no quiero dejar de decir que, tras una cierta pausa de producción canonística –que le ha llevado a vivir una apasionante aventura intelectual, en el campo del Derecho Natural y de la fundamentación del Derecho– parece haber recuperado de nuevo su más antiguo y primer amor como investigador y docente universitario. O quizá sea más exacto decir que esa pausa era necesariamente transitoria, puesto que de lo único que se trataba era de ampliar el campo que había de ser objeto de cultivo, y de responder así a la que tal vez constituye su vocación intelectual más íntima, que le

ha llevado a asumir esa tarea de fundamentación de las instituciones jurídicas, tanto canónicas como civiles.

El volumen que ahora comentamos es uno de los frutos que ha producido esa nueva etapa en el ejercicio de una investigación y de un magisterio que así se han hecho más abarcantes, puesto que ahora cubre todo el campo de la fundamentación jurídica. Desde aquí sólo quiero hacer votos para que la nueva etapa de ese magisterio continúe, y el autor nos siga ofreciendo frutos tan logrados como en etapas anteriores, y como ya se manifiestan en estos «Elementos de Derecho Constitucional Canónico».

4

EL DERECHO CONSTITUCIONAL CANÓNICO Y LA ESTRUCTURA DE LA IGLESIA*

Sumario: I. NOTA CRÍTICA AL «DERECHO CONSTITUCIONAL» DE S. GHERRO: 1. Introducción. 2. Reseña de los principales capítulos. 2.1. *Nociones y reflexiones preliminares*. 2.2. *La constitución de la Iglesia*. 2.3. *Vigencia e interpretación del Derecho divino*. 2.4. *El Derecho Eclesiástico y sus fuentes*. 2.5. *Capítulos V–VI–VII*. 3. Dos modos de entender la relación entre el Derecho Constitucional Canónico y la estructura de la Iglesia. 4. Consideraciones finales. II. LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DIVINO Y DE SUS CONSECUENCIAS CANÓNICAS FUNDAMENTALES: 1. El Derecho Constitucional como una parte o rama de la ciencia jurídica. 2. Derecho divino y Derecho humano. Estructura fundamental de la Iglesia y estructuras meramente eclesiásticas. 3. El principio de Constitucionalidad y la primacía del Derecho Constitucional Canónico.

En estas páginas me propongo un doble objetivo. En primer lugar, hacer un comentario crítico al libro de Sandro Gherro sobre el Derecho Constitucional Canónico. Se trata de una nueva edición en la que el autor pretende perfilar con más amplitud que en ediciones anteriores lo que constituye su visión del Derecho Constitucional de la Iglesia.

En segundo lugar, tomando ocasión de este comentario, trataré de exponer brevemente lo que entiendo, a mi vez, por Derecho Constitucional Canónico. A mi juicio existen dos modos de entender la relación entre el Derecho Constitucional Canónico y la estructura de la Iglesia que han de ser clarificados, pues las consecuencias jurídicas que se derivan de ello son distintas, especialmente en relación con el llamado «principio de Constitucionalidad».

(*) Publicado en Ius Canonicum XLVIII, 95 (2008) 91-116.

I. NOTA CRÍTICA AL «DERECHO CONSTITUCIONAL» DE S. GHERRO

1. Introducción

Después de haber publicado una primera edición con el título de «Principi di diritto costituzionale canonico», aparecida en 1992, Sandro Gherro nos ofrece una nueva edición de su obra, corregida y aumentada[1]. En esta 3ª edición, el Derecho Constitucional es solo la primera parte de un proyecto más amplio que pretende abarcar todo el Derecho Canónico. («Diritto Canonico» es el nuevo título genérico de la obra). De hecho, ya han aparecido también otros dos volúmenes; el segundo, dedicado al «Diritto matrimoniale», aparecido en 2004; y el tercero, «Sul anonís matrimoniale», aparecido en 2006. Estamos, por tanto, en presencia de un tratado de Derecho Canónico, que, al parecer, su autor pretende ir desarrollando poco a poco.

Sandro Gherro es profesor ordinario de Derecho Canónico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Padua, y es uno de los mejores canonistas con que cuenta la actual anonística laica italiana. Por eso, aunque ya dediqué una recensión a la primera edición de este libro,[2] vale la pena volver sobre ello a la vista de esta 3ª edición, en la que el autor ha intentado desarrollar y precisar más lo ya escrito en la edición más antigua.

La actual edición de este «Diritto Costituzionale» está dividida en siete capítulos; en ellos, el autor ha reestructurado y ampliado los cuatro capítulos de los que constaba la 1ª edición y, además, ha añadido otros tres capítulos nuevos.

Paso a continuación a dar cuenta del contenido de estos capítulos, añadiendo las observaciones críticas que estimo pertinentes.

2. Reseña de los principales capítulos del libro

2.1. *«Nociones y reflexiones preliminares» (Capítulo I)*

El autor trata de perfilar algunas «nociones» generales y hace una serie de «reflexiones preliminares» sobre lo que entiende por Derecho Constitucional. Se basa en la teoría del ordenamiento jurídico, tal como es entendida por algunos autores italianos, sobre todo por Santi Romano. El autor distingue entre la «teoría normativista» y la «teoría institucionista» del ordenamiento jurídico, y

1. S. Gherro, *Diritto Canonico (nozioni e riflessioni). I. Diritto Costituzionale*, Cedam, Padova [3]2006.
2. Véase Ius Canonicum XXXIII, 66 (1993) 778-783.

trata de perfilar un concepto integrador en el que el ordenamiento jurídico se compone de tres elementos: a) una pluralidad de sujetos b) una organización c) las normas:

«Por tanto, dentro del concepto de ordenamiento jurídico se puede distinguir "una sociedad política y socialmente organizada por medio de un sistema de poder político y un sistema de normas': un *quid* que "requiere, al menos, el concurso de tres factores, constituidos por una pluralidad de sujetos, por una normativa y por una organización»[3].

A partir de este concepto de ordenamiento jurídico, Gherro trata de distinguir entre lo que llama «constitución sustancial» y «constitución formal». Considera que los tres componentes referidos se articulan en torno a un «quid» que los coordina y los informa. Se trata de los «valores» del ordenamiento:

«Esos valores son previos al ordenamiento: éste es el resultado de una opción de facto para la realización de los valores. Esta opción se reconduce a un *poder* que podríamos definir como *constituyente* del ordenamiento, en cuanto que le precede; pero, en cuanto que es posterior al ordenamiento, lo podríamos definir como *constituido*, es decir, fundado y legitimado por el ordenamiento. En sentido análogo, los valores que determinan esa opción son la *causa constituyente* del ordenamiento, la cual se manifiesta en los principios constituidos o en la «*constitución jurídica*». Esta *constitución* se corresponde con las primeras reglas que determinan el orden o el «deber ser» esencial, los «muros maestros», «el principio» o «los principios indefectibles» o «supremos» del sistema, aquella parte que «no es susceptible de ninguna posibilidad de revisión», que es «rígida en sentido absoluto» y por tanto se presupone a todas las demás partes del sistema.

Cualquier clase de ordenamiento tiene una constitución de este tipo, que podríamos llamar «*sustancial*» para distinguirla de la constitución «escrita» o «*formal*». Esta última puede ser *rígida*, si para su modificación son necesarios procedimientos especiales, o puede ser *flexible*, si esa modificación puede hacerse mediante ley ordinaria. La constitución sustancial puede formalizarse en la constitución formal, entendida ésta como documento («Constitución», «Estatuto», «Carta» o «Ley Fundamental») que expresa, de un modo implícito o mediante un enunciado específico, las normas–valor del sistema, ordinariamente unidas a otras a las cuales se atribuye el rango de normas Constitucionales por una elección política de conveniencia. No obstante, como ocurre con la Iglesia, la

3. S. Gherro, *Diritto Canonico*, cit., 15. «*Nel concetto di ordinamento giurídico si identifica perciò "una società politicamente e socialmente organizzata attraverso un sistema di potere politico e un sistema di norme': un quid che dunque "richiede il concorso di almeno tre fattori, costituiti da una pluralità di soggetti, da una normazione e da un "organizacione*».

constitución sustancial puede carecer de esos enunciados solemnes, y, por tanto, ser inmanente al sistema en los términos repetidamente expuestos[4]».

Por tanto, Gherro identifica las «normas valor» con los «principios supremos» del ordenamiento, en lo que llama la «Constitución sustancial»; estos principios están colocados en el vértice de la jerarquía normativa:

«Son intangibles e inmutables, corresponden a la ontología del sistema y garantizan su conservación, en el sentido ya indicado. Por poner un ejemplo, teniendo en cuenta lo ya expuesto, podríamos decir que, en algunos sistemas, se consideran como principios supremos: el principio de igualdad, el principio de la soberanía popular, el primado de la persona; en cambio, otros sistemas se basan en el principio de desigualdad por razón de estirpe, de raza o de religión, en el principio del absolutismo, o incluso del despotismo[5]».

Dentro de la jerarquía normativa, Gherro considera tres tipos de principios: los ya citados «principios supremos»; lo que llama «principios fundamentales; y los que llama «principios Constitucionales por asignación formal».

Entiende por «principios fundamentales»: «reglas que tienen más valor instrumental o funcional que ontológico o sustancial. Estos principios pueden resultar inmodificables "por cualificación del ordenamiento", no por necesidad lógica intrínseca, en el sentido de que su caducidad no comprometería la posible actuación dinámica de los principios supremos»[6].

4. «*Quelli sono previ rispetto all'edificazione di questo: che risulta essere un'opzione fattuale per la loro realizzazione. L'opzione va ricondotta ad un potere che possiamo definire, in quanto a sua volta precedente tale edificazione, costituente l'ordinamento; e, in quanto posteriore, costituito, cioè fondato e leggitimato sul e dall'ordinamento. In senso analogo, i valori che determinano l'opzione sono la causa costituente dell'ordinamento che viene tradotta in principi costituiti, o in "costituzione giuridica" dello stesso. Sifatta costituzione corrisponde alle regole prime che determinano l'ordine o il "dover essere" essenziale, i "muri maestri", "il principio" o "i principi" "indefettibili" o "supremi" del sistema, quella sua parte che è "sottratta ad ogni possibilità di revisione", che è "rigida in senso assoluto" ed è dunque presupposta da tutte le altre parti.*

Ogni ordinamento ha, all'evidenza, una costituzione di tal genere che possiamo definire "sostanziale" per distinguerla dalla costituzione "scritta" o "formale". Quest'ultima, poi, puó essere rigida, se la sua modificazione è ostacolata dalla necessità di procedure speciali gravose; o flessibile, se tale modificazione può derivare dalla legge ordinaria. La costituzione sostanziale può trovare descrizione in quella formale, intesa come documento ("Costituzione", "Statuto", "Carta" o "Legge fondamentale') che esprime, per implicito o con enunciazione specifiche, le norme–valore ora considerate del sistema, unitamente, di solito, ad altre alle quali viene attribuito il rango di "norme costituzionali" per scelta politica di convenienza. La costituzione sostanziale, tuttavia, può restare, com'è per la Chiesa, priva di sifatte enunciazioni solenni, dunque immanente al sistema nei termini ripetutamente posti in evidenza». Ibídem. 16-17.

5. «*Sono intangibili e immutabili, corrispondono all`ontologia del sistema e ne garantiscono, nel senso che abbiamo indicato, la conservazione. Per esemplificare traendo da qualche già esposta osservazione, vanno annoverati, per certi sistemi, tra i principi supremi, quello di uguaglianza, quello della sovranità popolare, il primato della persona in quanto tale; oppure, per altri, quello di disiguaglianza per ragioni di stirpe, di razza o di religione, quello dell'assolutismo o anche del dispotismo*». Ibídem. *25.*

6. «*Regole che hanno valenza più strumentale o di funzione che ontologica e di sostanza. Possono risultare, tali principi, immodificabili "per cualificazione" dell'ordinamento, non per necessità logica intrinseca,*

Subordinados a estos «principios fundamentales» están los «principios Constitucionales por asignación formal»: «esto es, por una peculiar cualificación y colocación dentro de la ley solemne (Constitución) que el constituyente puede promulgar, como hemos dicho. Se puede recurrir a esta ley para proclamar los principios supremos, especificando su supraordinación; así como para definir los principios fundamentales, para regular el ejercicio futuro del poder constituido, y también para enunciar otros principios considerados particularmente importantes en un determinado momento histórico»[7].

Según Gherro, entre los tres tipos de principios, solo los «principios supremos» (normas valor) forman parte de la «constitución sustancial» y son inmodificables. Es el «núcleo normativo esencial».

2.2. *«La constitución de la Iglesia» (Capítulo II)*

Después de analizar las cuatro notas de la Iglesia (a las que añade una «quinta»: la «romanidad»), concluye que los principios inherentes a sus cinco notas son «inmutables»:

«Se trata, por tanto, de principios que son reconducibles a la constitución sustancial del ordenamiento –en la cual ya hemos identificado una parte, un primer núcleo– los cuales, habiendo sido siempre *eficientes*, manifiestan también la continuidad (al menos una cierta continuidad) Constitucional del sistema»[8].

A continuación examina el papel que corresponde al principio de la «salus animarum» como fin del ordenamiento:

«Hay que tener en cuenta que la constitución sustancial que estamos tratando de identificar ha encontrado *continuativamente* una indeclinable coherencia lógica en esto: está articulada *de ordine necessitatis* y, de modo análogo, se debe articular en torno al fin de la "salus animarum", esto es, en correspondencia a un principio que para el *Codex* está supraordenado a todos los demás, y que es definido en su última formulación (can. 1752) como la "suprema ley" del ordenamiento»[9].

nel senso che la loro caducazione non comprometerebbe la possibile attuazione dinamica dei principi supremi». Ibídem. 26.

7. *«Cioè per peculiare qualifica e collocazione all'interno della legge solenne (Costituzione) che il costituente può –come abbiamo detto– promulgare. A tale legge si può ricorrere per proclamare, specificandone la sovraordinazione, i principi supremi, per definire quelli fondamentali, per regolare l'esercizio futuro del potere costituito ed anche –appunto– per enunciare altri principi ritenuti particolarmente importanti nel momento storico dato»*. Ibídem, 26.

8. *«Si tratta, perció, di principi riconducibili alla costituzione sostanziale dell'ordinamento –della quale, allora, abbiamo individuato una parte, un primo nucleo– che, essendo sempre stati efficienti, altresì testimoniano la continuità (al meno una certa continuità) costituzionale del sistema»*. Ibídem, 44.

9. *«Bisogna allora considerare come la costituzione sostanziale che stiamo cercando de individuare abbia continuativamente trovato indeclinabile. logica di coherenza in ciò, che la medesima se è articolata de ordine*

Más adelante concluye:

«El Fundador –podemos repetir en otros términos– ha dado a Pedro una soberanía que es *de necesítate* en cuanto a la consecución del fin y que es asumida como *abstracta e insustituiblemente* idónea para conseguirlo; pero que, también *de necesítate,* ha de ejercitarse con una *eficiencia concreta*. Por tanto, deberán ser consideradas canónicamente Constitucionales aquellas normas aprobadas por la soberanía pontificia en la forma prevista; pero solo en cuanto efectivamente *conformes* con la consecución de la *salus animarum*. Las normas que no sean idóneas, tanto por su formulación como por su inadecuación para conseguir esa finalidad, habrán de ser consideradas irremediablemente extrañas al sistema, incluso aunque estuviesen aprobadas según el procedimiento previsto para la producción jurídica» [10].

Interpreta que el fin de la «*salus*» está orientado al bien de las personas, como ocurre en los llamados ordenamientos «Constitucionales»:

«Por tanto, el fin del ordenamiento Canónico, que establece la necesidad de perseguir la *salus animarum*, indica indudablemente que el ordenamiento ha de ser «para la persona». Como ya hemos dicho, esta funcionalidad «para la persona» es también compartida por otros ordenamientos Constitucionales que ya hemos tomado en consideración en otras ocasiones comparativamente: el propio Kelsen reconducía al concepto de constitución sustancial de estos ordenamientos aquella parte insustituible de las «Leyes fundamentales», o constituciones formales, que enuncian los derechos de libertad personal [11]».

necessitatis e analogamente si deve articolare attorno al fine della "salus animarum", in corrispondenza, cioè, ad un principio che per il Codex è anzi a tutti gli altri sovraordinato, essendo definito nell'ultima espresione del medesimo (can. 1752) la "suprema lex" dell'ordinamento». Ibídem, 50.

10. *«Il Fondatore –ripetiamo con altri termini– ha dato a Pietro una sovranità che è de necessitate quanto al perseguimento del fine e che va assunta siccome astrattamente e insostituibilmente idonea a perseguirlo; ma che, ancora de necessitate, deve svolgersi in efficienza concreta. Dovranno insomma esser considerate canonicamente costituzionali le norme poste dalla sovranità pontificia nelle forme devute, cioè stabilite da questa; ma in quanto efettivamente conformi al perseguimento della salus animarum. Le norme non idonee, tanto nella loro formulazione, quanto nella loro completa applicazione, a siffatto persegiuimento sarebbero irrimidiabilmente estranee al sistema, anche se la loro derivazione risultasse in sintonia con le previste forme di produzione giuridica».* Ibídem. *50-51.*

11. *«Il fine dell'ordinamento canonico, dunque, che impone la necessità de perseguire la salus animarum, indubbiamente indica come l'ordinamento canonico sia "per la persona". Come abbiamo già notato, questa funzionalità "per la persona" è condivisa da gli ordinamenti "costituzionali" più volte presi in considerazione comparativa: lo stesso Kelsen riconduceva nel concetto di costituzione sostanziale di questi ordinamenti quella parte insostituibile delle moderne "Leggi fondamentali", o costituzioni formali, che enunciano i diritti di libertà personale».* Ibídem. *55.*

Y concluye:

«En cambio, en la Iglesia el principio que establece la consecución de la *salus animarum* determina también el deber de considerar al fiel como portador de un Derecho subjetivo a tener atenciones y *providencias* específicas [12]».

Gherro distingue también entre lo que llama «constitución material» de la Iglesia y la que llama «constitución sustancial». Según él, la Constitución material constaría de dos elementos distintos:

> a) La «constitución sustancial» de la Iglesia, que sería la parte inmodificable del Derecho Canónico y que resulta, por tanto, reconducible a todas las normas del Derecho divino y solamente a éstas (aquí incluye también las referentes al matrimonio, como la indisolubilidad);
>
> b) Otras normas Constitucionales, pero modificables (o flexibles) que regulan «las estructura del sistema» en razón de las opciones históricas asumidas por la Iglesia (p. 60).

En este sentido, parece que el principio de prevalencia de las normas Constitucionales solo podría referirse a las normas del Derecho divino («Constitución sustancial») pero no a las normas Constitucionales de Derecho Eclesiástico, aunque se refieran a lo que llama «estructura de la Iglesia». ¿Qué utilidad tiene, entonces, considerar Constitucionales a este segundo tipo de normas de mera organización eclesiástica? Por otra parte, ¿cuál sería el criterio para distinguir entre estas normas Constitucionales de la «estructura de la Iglesia» (pero, no pertenecientes a su «constitución sustancial») y las demás normas del Derecho Canónico?

A mi juicio, desde el punto de vista Constitucional, parece que tendría mayor interés distinguir, dentro de la «estructura de la Iglesia», una «estructura fundamental» de Derecho divino (equivalente a lo que Gherro llama «constitución sustancial») y otras estructuras meramente eclesiásticas de Derecho humano (equivalente a las restantes estructuras de lo que Gherro llama la «Constitución material de la Iglesia»). Si el principio de Constitucionalidad o de jerarquía normativa se basa ante todo en el Derecho divino, como afirma Gherro en el capítulo IV de su libro, entonces solo las normas correspondientes a la estructura fundamental de la Iglesia tendrían prevalencia sobre los demás; en cambio, las normas correspondientes a las estructuras meramente eclesiásticas no podrían

12. *«Nella Chiesa, invece, il principio che impone di perseguire la salus animarum determina anche dovere di considerare il fedele siccome latore di un diritto soggettivo ad avere attenzioni e providenze specifiche».* Ibídem. *57.*

beneficiarse de esa primacía del Derecho divino, sino que serían normas de organización eclesiástica con el mismo valor que las demás normas ordinarias del Derecho Canónico.

Por tanto, no parece que tenga mucho interés considerar que esas normas de organización son también parte del Derecho Constitucional si no pueden beneficiarse de la prevalencia que es propia del Derecho Constitucional, en cuanto Derecho divino. ¿En qué se diferencia esa parte de la estructura de la Iglesia, que no puede beneficiarse de la primacía del Derecho Constitucional, de las demás partes del Derecho Canónico? ¿Cuál es el criterio para diferenciar lo que forma parte de la estructura de la Iglesia de lo que no forma parte de ella? ¿Obedece a simples opciones históricas del legislador y, por tanto, variables?

Parece claro que si esa estructura de la Iglesia no es la estructura fundamental (de Derecho divino), se trata de una estructura de mera organización eclesiástica, fruto de circunstancias más o menos cambiantes; por tanto, las normas que regulan esa estructura no gozan de la primacía Constitucional.

En resumidas cuentas, caben dos opciones a la hora de delimitar el concepto de Derecho Constitucional:

1. La que considera que sólo es Derecho Constitucional, aquella parte de la Constitución jurídica de la Iglesia que corresponde a su estructura fundamental, y que es sustancialmente Derecho divino. En consecuencia, los principios y normas que la regulan son Constitucionales y tienen primacía sobre el resto de las normas canónicas.

2. La que amplía el concepto de Derecho Constitucional a todas las normas que regulan la estructura organizativa de la Iglesia, aunque sea de mero Derecho Eclesiástico, y, por tanto, no puede pretender la primacía del Derecho Constitucional sobre el resto del ordenamiento. A mi juicio, el peligro de este segundo planteamiento está en su ambigüedad, pues se puede crear el equívoco de aplicar el principio de Constitucionalidad o de jerarquía normativa a todas las normas de organización que rigen la estructura de la Iglesia.

2.3. *«Vigencia e interpretación del Derecho divino» (Capítulo III)*

Sobre el Derecho divino, Gherro se plantea dos cuestiones fundamentales: a) la que plantea su vigencia; b) la que plantea su conocimiento e interpretación.

Respecto a la vigencia del Derecho divino se refiere a las dos tesis fundamentales sobre la cuestión: a) la que niega la vigencia «*per se*» del Derecho divino en el ordenamiento Canónico, porque considera que es necesario su previa re-

cepción por el Derecho Canónico a través de un acto autoritativo llamado «*canonizatio*», tesis que fue defendida en su momento por Del Giudice; y b) la tesis que considera que el Derecho divino tiene por sí mismo una «*vis obligandi*», sin necesidad de otras formas de recepción.

Gherro muestra su conformidad con la tesis de la plena vigencia «*per se*» del Derecho divino y critica la tesis de la «*canonizatio*», tal como fue expuesta por Del Giudice. Para Gherro «resulta contradictorio decir que el Derecho divino recibe su propia juridicidad de actos constitutivos eclesiales (es decir, por la «*canonizatio*») y afirmar que cada uno de estos actos ha de estar fundamentado en el Derecho divino. Si se procede así, se sostiene al mismo tiempo que el Derecho divino recibe su fuerza –«*vis*»– del legislador humano y, a su vez, que el legislador humano recibe la propia competencia del Derecho divino» (p. 65).

Respecto a la segunda tesis, que sostiene la vigencia y la plena juridicidad del Derecho divino, Gherro analiza algunas de sus versiones:

1. La defendida por Bellini, y según la cual la vigencia del Derecho divino se basaría en ser «creído según los modos históricos específicos que son propios de la comunidad eclesial».

2. La de Hervada, según la cual la vigencia del Derecho divino dependería de la toma de «conciencia histórica» de su realidad; ésta vigencia no dependería solo de su «canonizatio» por el legislador humano, sino también de otras fuentes, como el Magisterio, la doctrina teológica y canónica, y la Jurisprudencia. Gherro critica esta tesis porque, según él, no resuelve el problema de la juridicidad y obligatoriedad originaria del Derecho divino; según Gherro, la tesis de Hervada no especifica si las fuentes en que se manifiesta el Derecho divino son fuentes de producción o meras fuentes de conocimiento; es decir, «si la norma divina es canónica solamente cuando se toma conciencia de ella y de su formalización, y no antes» (p. 69).

3. Es la tesis que sustenta el propio Gherro, según la cual la vigencia del Derecho divino se fundamenta en el «hecho» histórico de la fundación de la Iglesia por Cristo, y deriva, por tanto, de la Voluntad de Cristo; en este sentido, la «*canonizatio*» tiene lugar mediante «*uno actu*», que procede de Cristo como primer legislador «humano» (y divino, a la vez) de la Iglesia. Mediante este acto legislativo se produce una «*canonizatio dei principi*» propios del Derecho divino, que, luego, la Autoridad de la Iglesia habrá de desarrollar y aplicar a las situaciones concretas. Pero la función de la Autoridad Eclesiástica no sería la de «crear» el Derecho divino, sino la de conocerlo, interpretarlo y aplicarlo.

Por tanto, según Gherro, habría que distinguir la cuestión de la vigencia del Derecho divino, que procede de la Voluntad de Cristo, como primer legislador

humano (y divino) de la Iglesia, y la cuestión del conocimiento e interpretación del Derecho divino, que corresponde a la Autoridad Eclesiástica.

A esta última cuestión del conocimiento del Derecho divino dedica Gherro los últimos epígrafes del capítulo III, deteniéndose en las fuentes de la Revelación y en las fuentes más propiamente jurídicas.

2.4. *«El Derecho Eclesiástico y sus fuentes» (Capítulo IV)*

Los primeros epígrafes de este capítulo están dedicados a las relaciones entre el Derecho divino y el Derecho propiamente Eclesiástico. Según Gherro, el Derecho divino no solo tiene una función negativa, actuando de «límite» que no puede sobrepasar el Derecho Eclesiástico humano, sino que tiene también una función positiva, y establece «indicaciones positivas» programáticas que han de ser desarrolladas por el Derecho humano. En este sentido, constituye un «complejo de principios normativos de carácter programático sobre la producción jurídica», que especifica de antemano el contenido futuro de las normas humanas (p. 96).

Posteriormente, Gherro se refiere a algunas consecuencias que derivan de aquí; entre otras destaca el papel que la «*caritas*» desempeña, y no tiene inconveniente en admitir que la caridad tiene características jurídicas y no solo teológicas, de manera que se puede hablar de la Iglesia como «*ordo caritatis*». En cambio, se muestra crítico con la doctrina (cita a Corecco y Aymans) que considera el orden Eclesiástico como «*ordo fidei*».

Al referirse a las relaciones entre el Derecho divino y el Derecho Eclesiástico procedente de la Autoridad de la Iglesia, considera que la ley eclesiástica ha de presumirse conforme con el Derecho divino. Se trata de una «presunción de Constitucionalidad» del Derecho humano respecto al Derecho divino, que sólo puede destruirse mediante prueba en contrario. Por otra parte, el «juicio de Constitucionalidad» sobre las leyes eclesiásticas correspondería a la Autoridad Suprema de la Iglesia. Cuando se trata de juzgar de la adecuación de las leyes al caso concreto entra además en juego la «*aequitas canonica*», teniendo en cuenta la «*salus animarum*» como fin supremo del Derecho Canónico.

El autor concluye estas cuestiones refiriéndose al «principio de legalidad», «que no significa el primado de la ley eclesiástica, sino el primado del Derecho divino» (p. 112).

Desde el 10 al 23, los últimos epígrafes de este capítulo están dedicados a las fuentes de conocimiento y de producción del Derecho Eclesiástico humano (exceptuando el epígrafe n. 16, que está dedicado a la función de la Jurisprudencia

como fuente de conocimiento del Derecho divino) y tienen menos interés desde el punto de vista del Derecho Constitucional Canónico.

A modo de síntesis y de recapitulación, habría que decir que es en estos cuatro capítulos de su libro donde el autor expone los criterios en los que se basa su concepto del Derecho Constitucional Canónico y la cuestión de las relaciones entre el Derecho divino y el Derecho Eclesiástico humano en la Iglesia. Por eso, les hemos dedicado un particular interés y atención.

Me gustaría subrayar que, para Gherro, el principio de legalidad en el Derecho Canónico significa ante todo la primacía del Derecho divino sobre el resto de las normas canónicas. En esto coincido naturalmente con él, pero, a la vez, habría que añadir que si la primacía del Derecho Constitucional se basa en este concepto del principio de legalidad (en la medida en que el Derecho Constitucional sea Derecho divino), no tiene mucho sentido, como más arriba comentábamos, que el concepto de Derecho Constitucional se haga tan amplio que incluya dentro de él todas las normas de organización de la estructura de la Iglesia. Si la característica del Derecho Constitucional es su primacía en la jerarquía normativa (principio de legalidad), entonces parece más adecuado que lo Constitucional se restringiera a la estructura fundamental de la Iglesia, que es la que, en sustancia, se corresponde con el Derecho divino.

2.5. *Capítulos V–VI–VII*

Una vez establecido lo que entiende por Constitución de la Iglesia y por Derecho Constitucional, Gherro dedica los tres últimos capítulos de su libro a tratar de lo que considera la organización Constitucional de la Iglesia (capítulo quinto y sexto), y, finalmente, trata de la Iglesia como Pueblo de Dios (capítulo séptimo y último).

En el capítulo quinto trata de los orígenes de la Iglesia Universal. Dedica especial atención a la potestad del Papa, y se refiere también a los órganos que colaboran con él (Colegio de Cardenales y Curia Romana). Finalmente, se refiere a la colegialidad episcopal, al Concilio Ecuménico y al Sínodo de los Obispos.

En el capítulo sexto trata de los órganos de gobierno de la Iglesia particular. Se refiere sobre todo al oficio episcopal (Obispos diocesanos, Obispos titulares, Obispos auxiliares y Obispos coadjutores). Después trata del Sínodo diocesano, de la Curia diocesana y de los «Consejos» y «Capítulos» de la Iglesia particular. Posteriormente, se refiere a la parroquia y al oficio de párroco. Trata también de la organización supradiocesana. Finalmente, se refiere a las Prelaturas personales, a las que considera estructuras propias de la organización jerárquica de la Iglesia.

Como se ve por el resumen de estos dos capítulos que acabo de hacer, Gherro incluye dentro de la Constitución de la Iglesia y del Derecho Constitucional a toda la organización jerárquica de la Iglesia, siguiendo más o menos las pautas de la Parte II del Libro II del Código de Derecho Canónico. No obstante, se aparta de la sistemática codicial cuando añade el tratamiento de las prelaturas personales. Todo el Derecho de la organización eclesiástica queda absorbido así en el ámbito del Derecho Constitucional.

Coincido con Gherro en que las prelaturas personales forman parte de la estructura jerárquica de la Iglesia, pero, de acuerdo con lo que ya traté de explicar anteriormente, no estoy de acuerdo con él en que todo el Derecho de la organización jerárquica de la Iglesia forme parte del Derecho Constitucional Canónico.

Respecto al capítulo séptimo y último, Gherro lo dedica al Pueblo de Dios, y se refiere en él a los sujetos del Derecho Canónico y a los derechos de los fieles. En este punto, también se aparta de la sistemática codicial, que trata del Pueblo de Dios en la I Parte del Libro II. Gherro ha preferido hacerlo al final, tratando de subrayar que todo el Derecho ha de estar orientado a la protección de los derechos de las personas y del fiel. Considera que los derechos subjetivos tienen su fundamento en el Derecho divino y, por tanto, forman parte del Derecho Constitucional Canónico. Califica de «Derechos fundamentales de los fieles» a todos los recogidos en el «*Codex*» e, incluso, considera que el elenco de derechos del CIC no es exhaustivo.

A mi juicio, sin embargo, cabría cuestionarse si todos los derechos de los fieles a los que se refiere el Código tienen o no el carácter de fundamentales, es decir, cuáles de ellos derivan directamente del Derecho divino y cuáles no. En aquellos que no derivasen, más bien parece que se trataría de derechos meramente Eclesiásticos, que no se podrían beneficiar de la primacía del Derecho Constitucional en el sentido más arriba apuntado. Cuestión que, como se ve, es importante, pues, a falta de una ley Fundamental de la Iglesia, la calificación de Constitucional no se puede aplicar automáticamente, ni a las normas que rigen la Organización de la Iglesia, ni a las normas que regulan los deberes y derechos de los fieles.

3. Dos modos de entender la relación entre el Derecho Constitucional Canónico y la estructura de la Iglesia

Al exponer el contenido de los diversos capítulos del libro de Gherro, he añadido ya algunas observaciones críticas que venían sugeridas por ese análisis individualizado. También remito de nuevo al lector a aquellas observaciones

que ya tuve ocasión de hacer en la recensión que dediqué a la primera edición del libro de Gherro y que sigue conservando su valor respecto de esta tercera edición[13].

Me gustaría centrarme ahora en el concepto de Derecho Constitucional de Gherro, el cual condiciona el enfoque y el contenido de este libro.

Como antes he apuntado, caben dos planteamientos del Derecho Constitucional Canónico, uno más amplio y otro más reducido. En el primer caso, se entiende por Derecho Constitucional todo el Derecho correspondiente a la estructura de la Iglesia, y no solamente a lo que podríamos llamar su «estructura fundamental» (la correspondiente, en sustancia, a la institución divina de la Iglesia) sino también todo el Derecho correspondiente a la Organización Eclesiástica. Por tanto, formarían parte del Derecho Constitucional todas aquellas normas «meramente eclesiásticas» que regulan la estructura de la Iglesia en cuanto comunidad de fieles, y, sobre todo, en cuanto comunidad jerárquica. Este amplio concepto del Derecho Constitucional extiende su contenido a todo aquello que el actual Código de Derecho Canónico regula en la I y II Parte del Libro II. Por tanto, integra dentro de él a todo lo que puede considerarse el Derecho de la persona o de las personas en la Iglesia (deberes y derechos de los fieles, sobre todo), tal como se hace en la Parte primera del Libro II del *Codex;* e integra también dentro de él a todo el Derecho de la Organización Jerárquica de la Iglesia, tal como se hace en la Parte segunda del Libro II del *Codex.*

En cambio, cabe un concepto más restringido del Derecho Constitucional que solo consideraría tal el referente a la estructura fundamental de la Iglesia. Según este planteamiento, el Derecho Constitucional quedaría reducido a los principios de Derecho divino de la Iglesia y a las normas fundamentales que los desarrollan, es decir, a aquellas conclusiones que derivan de los principios como sus consecuencias necesarias, y que normalmente se han convertido también en «Derecho Canónico» según la técnica de la «*canonizatio*». En este caso, el Derecho Constitucional se reduce a los principios y a sus consecuencias canónicas necesarias, tal como han sido recibidas y reconocidas en el Derecho Canónico vigente. Es entonces cuando puede hablarse de una «primacía» del Derecho Constitucional sobre el resto del Derecho Canónico y, por tanto, del carácter «constituyente» («Constitucional») de sus principios y normas fundamentales.

De esta forma, el Derecho Constitucional es concebido como un Derecho «constituyente y constitutivo» de todo el Derecho Canónico, el cual, en comparación con él, es un «Derecho constituido». De no ser así, el Derecho Cons-

13. Véase nota 2.

titucional quedaría privado de las consecuencias jurídicas que son propias del «principio de Constitucionalidad», y el calificativo de «Constitucional» no añadiría nada relevante a esta parte del orden jurídico; en realidad sería innecesario y carecería de utilidad hablar de un Derecho Constitucional Canónico, considerándolo una parte del orden jurídico distinta de las demás, sin que pudiera beneficiarse en su totalidad de la «primacía del Derecho Constitucional»; dentro de un sistema jurídico, solo tiene sentido hablar de un Derecho Constitucional si tiene relevancia por su rango en la jerarquía normativa y, por tanto, al aplicar el principio de legalidad.

Volviendo de nuevo al libro que es objeto de nuestro comentario, para Gherro el Derecho Constitucional comprende, no solo lo que llama «constitución sustancial» –básicamente el Derecho divino–, sino todo lo correspondiente a la estructura de la Iglesia, incluidas las normas de organización «meramente eclesiásticas», resultado de las diversas opciones históricas del legislador humano. Por tanto, solo el Derecho divino puede beneficiarse de las consecuencias del «principio de legalidad». Dentro de la jerarquía normativa, las demás normas «meramente eclesiásticas» que regulan la Constitución de la Iglesia tendrán el mismo rango que las leyes ordinarias. ¿Qué sentido tiene, entonces, calificarlas de Constitucionales? El propio concepto de Constitución se hace ambiguo y se presta a equívocos, puesto que habrá que diferenciar a unos órganos Constitucionales (los de Derecho divino) de otros (los de mero Derecho Eclesiástico); y, habrá que distinguir entre unas normas Constitucionales de primer rango, y otras normas Constitucionales de rango inferior con el mismo valor que las leyes ordinarias.

Según este concepto tan amplio del Derecho Constitucional, la Constitución de la Iglesia comprendería órganos tan heterogéneos y de tan diverso valor, como pueden serlo el Romano Pontífice y el Colegio de los Obispos, de una parte, y el Sínodo de los Obispos o los Legados Pontificios, de otra. Siguiendo la misma lógica, formarán parte de la Constitución de la Iglesia tanto el Obispo diocesano, cabeza de su Iglesia particular, como el Cabildo de canónigos o el párroco, que preside una parroquia. Es decir, la Constitución de la Iglesia abarcaría toda la Organización Eclesiástica y, por tanto, el Derecho Constitucional correspondiente carecería de aquellas consecuencias jurídicas que son propias de su carácter constituyente (principio de legalidad Constitucional).

En cambio, el concepto restringido del Derecho Constitucional solo incluiría aquellos principios y normas fundamentales que regulan la estructura fundamental de la Iglesia, y que pueden beneficiarse de la primacía del Derecho divino. Este Derecho Constitucional es, en sustancia, Derecho divino, pero, en cuan-

to a su «forma» (y, especialmente, en cuanto a su «forma canónica») es también Derecho humano. A mi juicio, como expondré más adelante, este planteamiento es más coherente con la noción de Derecho Constitucional que se ha ido imponiendo en la actual ciencia del Derecho (en el ámbito del Derecho Constitucional y en el ámbito del Derecho de la Organización y del Derecho Administrativo). Además, desde el punto de vista teológico, encontraría su fundamento y justificación en el concepto de «constitución divina» de la Iglesia y en el concepto de «estructura fundamental de la Iglesia». Desde el punto de vista del Derecho Canónico, esta noción estricta del Derecho Constitucional se basaría en la distinción entre «Derecho divino» y leyes «meramente eclesiásticas».

4. Consideraciones finales

Al concluir este comentario, me gustaría añadir que la larga nota bibliográfica que he dedicado al libro de Gherro es una muestra de la estima que me merece su autor y del aprecio que hago de este volumen. A través de su libro Sandro Gherro demuestra unos amplios conocimientos jurídicos, que ha tratado de poner al servicio del Derecho Constitucional Canónico. El autor hace un esfuerzo de construcción jurídica tratando, a la vez, de ser fiel a los principios en los que se basa la Constitución de la Iglesia y todo el Derecho Canónico. Teniendo en cuenta que los destinatarios de este libro son los alumnos de la Facultad de Derecho, este esfuerzo tiene un particular valor, dada la dificultad para transmitir los principios del Derecho Canónico a personas que generalmente carecen de la preparación necesaria para asimilarlos. Actualmente, son muy pocos los docentes de Derecho Canónico en Universidades estatales que en Italia o en España se han atrevido a elaborar un «Derecho Constitucional Canónico» «*ad usum scholarum*». Gherro lo viene haciendo desde hace años, y fruto de ese paciente trabajo es la actual edición de su libro, en la que ha continuado desarrollando aquella primera edición más breve que vio la luz en 1992.

A mi juicio, como antes decía, el nivel alcanzado en este libro acredita a su autor como uno de los mejores representantes de la actual canonística laica italiana.

II. LA FUNCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DIVINO Y DE SUS CONSECUENCIAS CANÓNICAS FUNDAMENTALES

1. El Derecho Constitucional como parte o rama de la Ciencia Jurídica

Ahora me gustaría ampliar un poco más lo que he tratado de explicar en páginas anteriores, prescindiendo ya de las opiniones del libro que ha sido objeto de la nota crítica. Quisiera añadir también algunas consideraciones personales sobre la cuestión.

El Derecho Constitucional constituye hoy una rama importante de la Ciencia Jurídica en el ámbito del Derecho del Estado. Esta disciplina jurídica cuenta ya con una cierta tradición a partir del Constitucionalismo, ese movimiento político y jurídico que se ha ido configurando en el Estado Contemporáneo desde los siglos XIX y XX. El Derecho Constitucional se ha ido elaborando, a su vez, como aquella parte de la Ciencia Jurídica que estudia el Derecho correspondiente a la Constitución del Estado.

Como la mayor parte de los Estados actuales cuenta con una Constitución de carácter formal –Ley Fundamental–, la configuración de una rama del Derecho a partir de esa materia legislativa no encuentra especial dificultad. El contenido material viene determinado por el conjunto de cuestiones que forman parte de la Constitución o Ley Fundamental (cuya composición se basa ordinariamente en una declaración de derechos, a la que suele seguir una parte orgánica, en la que se desarrolla la organización básica del Estado, con sus correspondientes poderes legislativo, ejecutivo y judicial, etc).

Además de ese estudio de la Constitución en sentido material, el Derecho Constitucional añade después el análisis de los correspondientes procedimientos y recursos jurídicos para que la Ley Fundamental pueda tener plena eficacia jurídica, teniendo en cuenta que ocupa el primer rango de la jerarquía normativa como Ley de leyes. Junto a los Tribunales ordinarios, la técnica Constitucional ha creado un órgano especial –Tribunal Constitucional– que es el competente para juzgar a cerca de la Constitucionalidad de todas las leyes y normas jurídicas, y que conoce de los recursos específicos que hacen al caso. De esta manera, el principio de Constitucionalidad o de legalidad se hace efectivo en todo el ordenamiento jurídico, y se convierte en un principio clave para caracterizar también al Derecho Constitucional en cuanto Ciencia o rama científica del Derecho.

Como es bien sabido, las cosas no son así en el Derecho Canónico. Después del Concilio Vaticano II y, con ocasión de la reforma del Derecho Canónico para

adaptarlo a la doctrina conciliar, se estuvo elaborando un proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia. Pero ese proyecto legal no llegó a convertirse finalmente en una realidad legislativa. Si esa Ley Fundamental de la Iglesia hubiese sido promulgada, existiría hoy un Derecho Constitucional Canónico de carácter formal, con validez superior al resto de las normas jurídicas, tal y como en las últimas redacciones de aquel proyecto se establecía. Pero, una vez descartada la promulgación de aquel Proyecto legislativo, solo puede hablarse de un Derecho Constitucional Canónico en sentido material, cuya validez superior al resto de las normas canónicas ha de plantearse de otra manera y con otro fundamento. Esta es la cuestión a la que hay que responder si se quiere seguir hablando del «Derecho Constitucional Canónico» como una parte del ordenamiento jurídico de la Iglesia, y también como una rama de la Ciencia Canónica homologable a lo que en la cultura jurídica actual se entiende por Derecho Constitucional.

2. Derecho divino y Derecho humano. Estructura fundamental de la Iglesia y estructuras meramente eclesiásticas

Así las cosas, a mi juicio, el Derecho Constitucional Canónico ha de ser concebido actualmente en estrecha relación con el Derecho divino. La razón está en la función Constitucional que, por su propia naturaleza, desempeña el Derecho divino en cuanto que es constituyente y constitutivo de todo el Derecho humano meramente Eclesiástico. De este modo, el Derecho Constitucional quedaría reducido al conjunto de principios de Derecho divino que son intrínsecos a la estructura fundamental de la Iglesia y a las normas fundamentales que derivan de ellos.

De acuerdo con este planteamiento, dentro del Derecho Constitucional Canónico se podría distinguir entre los principios del Derecho divino, propiamente dichos, y sus consecuencias canónicas fundamentales. Se podría hablar así de un Derecho divino primario y de un Derecho divino secundario. El Derecho divino primario estaría constituido por esos primeros principios o exigencias jurídicas que derivan de la estructura fundamental de la Iglesia. El Derecho divino secundario sería, a su vez, aquel conjunto de consecuencias jurídicas que están inmediatamente relacionadas con esos principios y que pueden concluirse de ellos con una cierta necesidad lógica y moral. En este sentido, los principios se comportan como premisas, a partir de las cuales se elaboran esas conclusiones. Por otra parte, cuando hablo de consecuencias que proceden con una cierta necesidad lógica, me estoy refiriendo naturalmente a la Lógica jurídica; como es bien sabido, se trata de una lógica de lo razonable, una lógica propia de la razón

práctica, que no procede por meras deducciones racionales sino teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias en que las acciones se realizan.

Estas consecuencias jurídicas que llamo de Derecho divino secundario se pueden considerar, en parte, Derecho divino; en parte, Derecho humano. Son Derecho divino en cuanto se contienen –al menos virtualmente– en los principios de los que proceden, de modo semejante a como las conclusiones se contienen en las premisas. Son Derecho humano en cuanto que su elaboración y formalización requiere la mediación humana, principalmente a través de la Autoridad Eclesiástica competente.

Por tanto, también se puede decir del Derecho Constitucional que es Derecho divino y es Derecho humano. Es Derecho divino en cuanto que lo son sus primeros principios; lo es también, en cuanto que las consecuencias derivadas de esos primeros principios se encuentran contenidas virtualmente en ellos. Pero es también Derecho humano en un doble sentido: a) en cuanto que esos principios de Derecho divino requieren una formulación para su reconocimiento y su declaración auténtica, ya sea por vía de Magisterio, ya sea por vía de Gobierno y legislación canónica («*canonizatio*»); b) en cuanto que las consecuencias jurídicas que derivan de esos principios también requieren la correspondiente «canonización» y formalización para dotarlas de toda su plena efectividad jurídica. En esa doble tarea de «canonización», la Autoridad Eclesiástica competente puede ser ayudada también por la doctrina teológica y canónica.

En cuanto a la «*canonizatio*» del Derecho divino, como acto de la Autoridad Eclesiástica, me gustaría añadir que ese acto autoritativo no puede tener carácter constitutivo sino meramente declarativo. En otras palabras, el Derecho divino es Derecho, tiene carácter jurídico y obliga jurídicamente ya antes de su «canonización, por sí mismo y en la medida en que es conocido. Lo que el acto de la Autoridad hace es declararlo auténticamente y darle una determinada forma canónica, como antes decía. Pero, por su propia naturaleza, el Derecho divino tiene siempre carácter constituyente y constitutivo –por eso es Constitucional–, mientras que el Derecho humano es el Derecho propiamente «constituido».

De acuerdo con todo este planteamiento, se puede decir también que el Derecho Constitucional Canónico es Derecho divino en cuanto a su sustancia, pero es simultáneamente Derecho humano en cuanto a su forma canónica, en virtud de la formalización operada por la «*canonizatio*».

Dicho todo esto, me gustaría hablar ahora de la relación entre el Derecho Constitucional Canónico y la estructura de la Iglesia. Para ello se hace necesario distinguir entre la estructura fundamental de la Iglesia y lo que llamaría estructuras meramente eclesiásticas.

Ante todo habría que decir que la Iglesia tiene una estructura sacramental. Son los Sacramentos los que estructuran la Iglesia y la estructuran como una comunión. La Iglesia tiene una estructura de comunión y todas las estructuras de la Iglesia son estructuras de comunión. Dentro de la comunión eclesiástica, cabe distinguir, a su vez, diversas dimensiones que se han hecho ya clásicas: la «*communio fidelium*», la «*communio hierarchica*» y la «*communio ecclesiarum*». Sin embargo, la comunión «no es un vago afecto, sino una realidad orgánica que exige una forma jurídica» [14]. El Derecho Constitucional Canónico es precisamente la forma jurídica que corresponde a la estructura fundamental de la Iglesia en relación con esas tres dimensiones de la comunión; está formado por aquellos principios y por aquellas consecuencias jurídicas principales que son inherentes a esa estructura fundamental.

Cuando hablo de «estructura fundamental de la Iglesia» me estoy refiriendo a lo que se puede considerar también como su «estructura esencial», es decir, a aquella que, en cuanto a su sustancia, es de institución divina. No me refiero, en cambio, a todos aquellos desarrollos organizativos que la Autoridad de la Iglesia puede hacer a lo largo de la Historia a partir de ese núcleo esencial; esos desarrollos organizativos, que no derivan necesariamente de la estructura fundamental de la Iglesia, sino de opciones históricas más o menos contingentes, no pertenecen ya a su institución divina sino a su institución humana y meramente eclesiástica.

Por tanto, a los efectos que nos proponemos, es importante distinguir entre esos dos niveles de la estructura de la Iglesia: el nivel correspondiente a su estructura fundamental y básica, que es también su estructura más originaria; y el nivel que, fundamentándose en esa estructura básica, la desarrolla organizativamente para dar respuesta a las diversas necesidades pastorales del Iglesia, según criterios de conveniencia y utilidad. Este segundo nivel organizativo es contingente por naturaleza, pues depende de circunstancias históricas variables, y no posee el carácter permanente que es propio del primer nivel; puede, por tanto, cambiar y ser sustituido por otras modalidades organizativas, según las diferentes opciones de la Autoridad Eclesiástica y las decisiones del legislador. Sería el nivel correspondiente a las «leyes meramente eclesiásticas», según la terminología del Código de Derecho Canónico (canon 11).

Por aportar algunos ejemplos a lo que estoy tratando de decir, mientras que hay órganos de la Iglesia que pertenecen a su estructura fundamental de institución divina, como lo son el Romano Pontífice o el Colegio Episcopal, hay otros,

14. Constitución «*Lumen Gentium*», Nota explicativa previa, 2ª.

en cambio, que forman parte más bien de la estructura meramente eclesiástica de la Iglesia, como el Sínodo de los Obispos, las Conferencias Episcopales o el Cabildo de los canónigos.

En correspondencia a estos dos tipos o niveles de la estructura eclesiástica se puede establecer también la distinción entre el Derecho Constitucional Canónico y el Derecho meramente Eclesiástico.

El Derecho Constitucional Canónico sería el Derecho correspondiente a la estructura fundamental de la Iglesia. Como antes hemos dicho, en sustancia sería Derecho divino, primario o secundario; es decir, comprendería los principios de Derecho divino y también las normas fundamentales que de ellos derivan como consecuencias necesarias y no contingentes. Sin embargo, en cuanto a su forma canónica –«*canonizatio*»– el Derecho Constitucional se pude considerar también Derecho humano, según lo antes expuesto.

Consecuentemente también con lo ya dicho, se puede considerar que el Derecho Constitucional está dotado, en cuanto a su sustancia, de aquella permanencia y validez para todos los tiempos y lugares que es propia del Derecho divino. En cambio, en cuanto a su forma canónica –«*canonizatio*»– puede formalizarse de diversas maneras y admite una cierta mutabilidad en cuanto a su formulación.

3. El principio de Constitucionalidad y la primacía del Derecho Constitucional Canónico

Por ser Derecho divino, el Derecho Constitucional tiene un carácter constituyente y constitutivo respecto a todo el Derecho humano. Esto es así por la función Constitucional que desempeña el Derecho divino; el Derecho divino es el fundamento y el criterio interpretativo y supletorio de todo el Derecho meramente eclesiástico, además de ser la cláusula–límite e infranqueable del Derecho humano.

En cuanto a su validez, el Derecho divino tiene una validez superior a todo el Derecho humano: el Derecho humano ha de ser congruente con él y, en caso de conflicto, el Derecho divino prevalece sobre el Derecho humano. En el actual Derecho Canónico este es también el fundamento del principio de Constitucionalidad y de jerarquía normativa, según el cual el Derecho Constitucional prevalece sobre el Derecho meramente eclesiástico.

Como recordaba más arriba, el principio de Constitucionalidad es una característica del actual Derecho Constitucional en el ámbito del Derecho del Estado. Según este principio, todas las leyes y normas jurídicas han de ser congruentes

y han de aplicarse en conformidad con la Constitución o Ley Fundamental del Estado.

En el ámbito del Derecho Canónico, aunque no existe una Ley Fundamental de la Iglesia, sí puede hablarse de una Constitución o Derecho Constitucional de la Iglesia en sentido material, tal como hemos expuesto. Se trata de ese Derecho Constitucional que es Derecho divino en cuanto a su sustancia y Derecho humano en cuanto a su forma canónica. En este sentido, la fuerza imperativa superior que de por sí tienen los principios del Derecho divino es participada también por sus consecuencias canónicas necesarias, traducidas en esas normas fundamentales de las que antes hablábamos. Estas normas fundamentales, en parte son Derecho divino –«*virtualiter*»–; en parte son Derecho humano en la medida en que han sido formalizadas canónicamente por medio de la «*canonizatio*». Por tanto, es todo el Derecho Constitucional Canónico –divino y humano, en el sentido indicado– el que goza de esa primacía en la jerarquía normativa, y el que tiene un valor superior y goza de prevalencia respecto al Derecho Canónico meramente eclesiástico.

A mi juicio, este es el fundamento del principio de Constitucionalidad en el actual Derecho Canónico, y, por tanto, lo que permite hablar de un «Derecho Constitucional Canónico» –con una terminología homologable a la de la actual cultura jurídica– aunque no exista una Ley Fundamental de la Iglesia de carácter formal.

Por otra parte, hay que tener presente que la posible incidencia del principio de Constitucionalidad en el ámbito del Derecho Canónico ha de ser matizada también por una presunción que debe ser tenido en cuenta: la presunción de que el Derecho humano Canónico («canonizado») es conforme con el Derecho divino. La razón está en que se presumen justas (en este caso, conformes con el Derecho divino y por tanto «Constitucionales») todas las leyes que proceden de la Autoridad legítima (que en el caso de la Iglesia goza, además, de la especial asistencia del Espíritu Santo) y que han sido aprobadas de acuerdo con los procedimientos jurídicos correspondientes. Por tanto, la inConstitucionalidad del Derecho meramente eclesiástico legítimamente aprobado (su no conformidad con el Derecho Constitucional Canónico) exigiría la prueba en contrario según el procedimiento adecuado.

Teniendo en cuenta todo lo que llevamos dicho, la vinculación del Derecho Constitucional Canónico con el Derecho divino y con su forma canónica, plantea a la Ciencia Canónica la necesidad de seguir profundizando en la relación entre Derecho divino y Derecho humano. El Derecho divino sigue siendo un lugar común de la Ciencia Canónica, pero este dato no siempre se traduce en

una investigación rigurosa sobre lo que esta expresión significa y sobre las consecuencias que de ello derivan para el Derecho Canónico. Una de esas consecuencias –su prevalencia sobre el Derecho meramente humano– es la que, a mi juicio, permite hablar del principio de Constitucionalidad, y, por tanto, de un Derecho Constitucional Canónico en la actualidad.

5

EL ESTATUTO COMÚN DE LOS FIELES CRISTIANOS. ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE SU REGULACIÓN CANÓNICA*

Sumario: 1. La novedad legislativa de una declaración de derechos y obligaciones de los fieles. 2. La condición de fiel, fundamento del estatuto jurídico común. 3. Carácter correlativo de los derechos y obligaciones. Sentido de los términos. 4. El sujeto y objeto de los derechos y obligaciones. 5. Naturaleza jurídica: ¿derechos fundamentales? 6. Algunas características de la formalización codicial. 7. El ejercicio de los derechos y obligaciones. Su regulación y límites. 8. Valoración crítica.

1. La novedad legislativa de una declaracion de derechos y obligaciones de los fieles

Por primera vez en la historia de la legislación canónica, los Códigos latino y oriental contienen una declaración de los derechos y obligaciones que son propios de los fieles cristianos. Esta novedad legislativa ha sido uno de los frutos del redescubrimiento de la condición de fiel como consecuencia de la doctrina eclesiológica del Concilio Vaticano II.

El Código de Derecho Canónico de 1917 se refería en el canon 87 a los «*iura et officia christianorum*», adquiridos mediante el bautismo; también lo hacía la legislación oriental en el «*motu propio*» «*Cleri sanctitati*» de 2.VII.1957 en su canon 16. Pero lo hacían de modo genérico, sin concretar su contenido y sin llegar a formalizar un elenco de esos derechos y deberes del cristiano.

El reconocimiento formal de los derechos y deberes propios de los fieles se realiza por primera vez en los trabajos que llevó a cabo la Comisión Pontificia para la reforma del Código de Derecho Canónico, y que dieron lugar al Proyecto de «*Lex Ecclesiae Fundamentalis*» (LEF). La primera invitación para que se

(*) Publicado en AA.VV., *Religión, matrimonio y derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Rafael Navarro-Valls*, Madrid 2013, 3029-3043.

pusieran por escrito «los derechos y deberes más importantes de los fieles sin distinción de ritos» apareció ya en la «*Relatio circa Questiones fundamentales*», de la que se trató en la Reunión Plenaria de Cardenales miembros de la Comisión Pontificia para la reforma y que tuvo lugar en Roma el 25 de noviembre de 1965, antes de la clausura del Concilio Vaticano II. Los sucesivos proyectos de la LEF fueron recogiendo ese estatuto jurídico común de los fieles, primero bajo la rúbrica «*Christifidelium officia et iura fundamentalia*» («*Textus emendatus*» de julio de 1970), y luego en la fórmula «*De Christifidelibus officiis et iuribus fundamentalibus*» (últimos esquemas de la LEF)[1].

Finalmente, cuando el Papa Juan Pablo II tomó la decisión de no promulgar el proyecto de LEF, esos cánones sobre los derechos y deberes fundamentales pasaron al Código latino, bajo el título «*De omnium Christididelium obligationibus et iuribus*» (cc. 208-223), y al Código oriental, bajo el título «*De Christifidelibus eorumque omnium iuribus et obligationibus*» (cc. 11-26). Significativamente, en ambos Códigos se deja de utilizar el calificativo de «*fundamental*» para referirse a estos derechos y obligaciones de los fieles[2].

2. La condición de fiel, fundamento del Estatuto Jurídico Común

Como antes decíamos, el reconocimiento de los derechos y deberes del fiel es resultado de la Eclesiología del Vaticano II. Gracias a la noción de Pueblo de Dios, que dio título al capítulo II de la Constitución Dogmática «*Lumen Gentium*», y que permitió redescubrir la condición común de fiel –como previa a la de clérigo, laico o religioso–, el propio Magisterio conciliar puede referirse ya a esos derechos y obligaciones de los fieles. Fruto de la doctrina conciliar fue el *6º principio directivo* para la revisión del CIC, que aparece enunciado así en su «Prefacio»: «En razón de la igualdad fundamental de todos los fieles y de la diversidad de funciones y cargos que radica en el mismo orden jerárquico de la Iglesia, conviene que se definan adecuadamente y se protejan los derechos de las personas. Esto hará que los actos de potestad aparezcan más claramente como un servicio, se dé una base más sólida al empleo del poder, y se eliminen

1. Sobre los sucesivos proyectos de Ley Fundamental de la Iglesia y los cambios que fueron experimentando a lo largo de su itinerario puede verse D. Cenalmor, *La Ley Fundamental de la Iglesia. Historia y análisis de un proyecto legislativo*, Pamplona 1991.

2. Un estudio sobre los sucesivos esquemas que dieron lugar a los cánones sobre las obligaciones y derechos de los fieles, tanto en el Código latino como en el Código oriental,» se puede encontrar en D. Cenalmor, «*Iter*» *esquemático y fuentes de las obligaciones y derechos de todos los fieles en el CIC 83 y en el CCEO*, Fidelium iura 5 (1995) 51-84.

los abusos». Como complemento, el *7º principio directivo* se refería, a su vez, al sistema de garantías que requiere una declaración de derechos: «Para que todo esto se concrete en la práctica es necesario que se ponga especial cuidado en disponer un procedimiento destinado a tutelar los derechos subjetivos; por tanto, al renovar el Derecho, atiéndase a lo que hasta ahora se echaba de menos en este sentido, a saber, los recursos administrativos y la administración de justicia…».

Por tanto, desde el principio aparece claro que el fundamento de los derechos y deberes de las personas en la Iglesia es la *condición común de fiel*[3]. Mediante el Sacramento del Bautismo, por el que se incorporan al Pueblo de Dos, los fieles cristianos «tienen por condición la dignidad y libertad propia de los hijos de Dios»[4]. A la vez, «existe entre todos una verdadera igualdad en cuanto a la dignidad y la actividad común para todos los fieles en la construcción del Cuerpo de Cristo»[5].

La condición de fiel se basa en la *dignidad* que es propia de toda persona, con la específica cualificación que le añade la condición de hijo de Dios por el Bautismo. La dignidad es aquello que hace que la persona tenga un valor especial y que sea estimada por encima de todo lo demás. La persona es un fin en sí misma y no puede ser tratada nunca como medio. Por su dignidad la persona es un sujeto de derecho –*sui iuris*–, tiene una personalidad jurídica. En el caso de los fieles, esta dignidad se refuerza por la condición de hijo de Dios que es consecuencia del Bautismo, y que los constituye también como «personas en la Iglesia» –según la expresión utilizada por el canon 96 del CIC– «con los deberes y derechos que son propios de los cristianos».

Lo mismo hay que decir con respecto a la *libertad*. La libertad es otra característica de la persona y, en particular, de los hijos de Dios. Por estar dotada de inteligencia y voluntad, la persona es libre, es sujeto de autodeterminación y de autonomía. Por la recepción del Bautismo, la libertad queda sanada y perfeccionada en el caso de los hijos de Dios. La libertad se convierte así en una característica de la condición de fiel –*conditio libertatis*– con importantes consecuencias jurídicas. Al reconocer esta condición de libertad, el Derecho Canónico la convierte también en una *libertad jurídica*.

Es lo que ha ocurrido en el vigente Código de Derecho Canónico, cuyo estatuto de los fieles reconoce diferentes manifestaciones de la libertad en la Iglesia. Así, por ejemplo, ha reconocido la libertad –o los derechos de libertad– para

3. Sobre la condición de fiel, especialmente desde una perspectiva constitucional, puede verse J. Hervada, *Elementos de derecho constitucional canónico*, Pamplona ^{2}2001, 95-100.
4. *Lumen Gentium*, n. 9.
5. Ibídem, n. 32.

manifestar la propia opinión sobre aquello que pertenece al bien de la Iglesia (c. 212), el Derecho a elegir y a practicar la propia forma de vida espiritual (c. 214), la libertad de reunión y de asociación (c. 215), la libre iniciativa para promover empresas apostólicas (c. 216), la justa libertad de investigación y de docencia en las ciencias sagradas (c.218), la inmunidad de coacción en la libre elección de estado (c. 219), etc. A estas libertades reconocidas a todos los fieles hay que añadir también las reconocida a los fieles laicos, en particular la libertad de que gozan en los asuntos terrenos y en las materias temporales (c. 227).

Por tanto, el Código de Derecho Canónico reconoce a todos los fieles determinados *ámbitos de libertad y de autonomía*, tanto en su esfera privada personal –sobre la que se basa la llamada «autonomía privada»– como en su esfera pública dentro de la Iglesia[6].

En resumen, la dignidad y libertad de los fieles es una condición jurídica que los convierte, de una parte, en sujetos de derechos y obligaciones, y, de otra parte, les confiere una esfera de libertad y de autonomía con relevancia «*erga omnes*».

Mención aparte merece la *condición de igualdad*, a la que se refiere también el Magisterio del Concilio Vaticano II: «existe entre todos una verdadera igualdad en cuanto a la dignidad y acción común para todos los fieles en la edificación del Cuerpo de Cristo»[7]. Habría que subrayar ahora que el objeto de la igualdad se pone precisamente en relación con la dignidad y con la acción o actividad común de los fieles en la Iglesia. Como ya hemos recordado, la dignidad está en relación con la condición de sujeto de Derecho. Todos los fieles, por tanto, son igualmente sujetos y tienen los mismos derechos y deberes fundamentales en la Iglesia. En cuanto a su acción o actividad común, también todos los fieles sin distinción pueden cooperar activamente en la misión de la Iglesia en un régimen de igualdad fundamental. Por tanto, el *principio de igualdad* se constituye en fundamento para la existencia de un estatuto jurídico común a todos los fieles, sin distinción de otras condiciones jurídicas. Así lo reconoce el canon 208 –que recoge literalmente el texto de *Lumen Gentium* n. 32, arriba citado– y que es el primero de la serie –en el Título del CIC en el que está situado– que reconoce los derechos y obligaciones de los fieles.

6. Sobre esa esfera de libertad y de autonomía de los fieles en la Iglesia puede verse mi monografía, *La autonomía privada en el ordenamiento canónico*, Pamplona 1974. Y más recientemente, tras la promulgación del Código de 1983, he vuelto ha tratar esta cuestión en un artículo sobre *El principio de autonomía privada y sus consecuencias canónicas*, Ius Canonicum XLVII, 94 (2007) 441-463. En ambos trabajos se recoge abundante bibliografía sobre el tema.

7. *Lumen Gentium*, n. 32.

Por otra parte, a estos aspectos de la condición de fiel habría que añadir otros, que son complementarios, y que también están en la base de esa declaración de obligaciones y derechos. Así, hay que referirse también a la *condición activa,* en virtud de la cual los fieles «hechos partícipes a su modo por esta razón de la función sacerdotal, profética y real de Cristo, cada uno según su propia condición, son llamados a desempeñar la misión que Dios encomendó cumplir a la Iglesia en el mundo» (c. 204 & 1). Esta condición activa permite a los fieles desempeñar en la Iglesia una actividad apostólica que no está reservada sólo a la Jerarquía o al estado religioso (cc. 210, 211, 215, 216, etc.).

También habría que referirse a la *condición de comunión,* por virtud de la cual «se encuentra en plena comunión con la Iglesia Católica, en esta tierra, los bautizados que se unen a Cristo dentro de la estructura visible de aquella, es decir, por los vínculos de la profesión de fe, de los sacramentos y del régimen Eclesiástico» (c. 205). Observar la comunión eclesiástica es la primera obligación de todos los fieles, como condición de licitud en el ejercicio de todos sus derechos, también a la hora de reclamarlos o defenderlos en el fuero Eclesiástico (cc. 209, 1446, 1733, etc.).

Finalmente, el principio de igualdad de todos los fieles ha de ser completado por el principio de *diversidad o variedad de funciones* en la Iglesia. Por eso, a la hora de edificar el Cuerpo de Cristo, los fieles han de colaborar «según su propia condición y oficio», compatible con la igualdad (c. 208). En algunos casos, la diversidad entre los fieles es de institución divina, como es aquella que se basa en el Sacramento del Orden, y, por virtud de la cual, hay en la Iglesia ministros sagrados y laicos (c. 207). Así como el principio de igualdad es la base del estatuto jurídico común de los fieles, el principio de diversidad es la base del *estatuto jurídico específico para laicos, clérigos y religiosos*[8].

3. Carácter correlativo de los derechos y obligaciones. Sentido de los términos

La formalización de los derechos y obligaciones de los fieles ha sido recogida de modo muy semejante en los dos Códigos –latino y oriental– de Derecho Canónico[9]. El Código latino la recoge en el Título I, parte I, del libro II, bajo la

8. Sobre estos diferentes estados y estatutos jurídicos personales que son consecuencia del principio de variedad me he ocupado recientemente en *Los diversos estados y estatutos canónicos peculiares*, en el *Volumen–homenaje al Prof. J. Fornés*, Pamplona 2010, (en prensa),

9. Un estudio comparado de ambos Códigos sobre esta cuestión puede verse, por ejemplo, en L. Okulik, *La condición jurídica del fiel cristiano. Contribución al estudio comparado del Codex Iuris Canonici y del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, Buenos Aires 1995.

denominación *«De omnium christifidelibus obligationibus et iuribus»* (cc. 208-223); mientras que el Código oriental la recoge en el Título I, que se denomina *«De christifidelibus eorumque omnium iuribus et obligationibus* (cc. 7-26). Como se puede apreciar, y ha hecho notar la doctrina, hay una diferencia entre ambos Códigos en cuanto al *orden de prioridad* que se ha dado a los derechos respecto a las obligaciones; en el Código latino figuran en primer lugar las obligaciones, y en el Código oriental son los derechos los que tienen prioridad. De ello, parece deducirse que no hay que darle demasiada importancia a ese orden, diferente en ambos Códigos.

Más importancia habría que darle a la inclusión de *ambos tipos de situaciones jurídicas* en los correspondientes títulos, es decir, que no se hable solo de derechos o que no se hable solo de obligaciones, sino de ambas cosas a la vez. Ello manifiesta con claridad el deseo del legislador de que a la hora de estudiar el estatuto jurídico de los fieles se tengan en cuenta ambas situaciones, que, por lo demás, suelen ser correlativas en las diversas relaciones jurídicas en que se pueden encontrar los fieles entre sí o en sus relaciones con la Organización Eclesiástica.

Teniendo en cuenta que, como ya dijimos, la condición de fiel requiere siempre la comunión eclesiástica, la esfera de libertad y autonomía de la que gozan los fieles en el ejercicio de sus derechos ha de ser compatible también con la responsabilidad que comporta, a la vez, el ejercicio de los deberes y funciones en la Iglesia. La participación activa a la que están llamados los fieles en la Iglesia lleva consigo la asunción de responsabilidades y obligaciones, cuyo cumplimiento requiere, a su vez, ejercicio de libertades o poderes que lo hagan posible. El propio legislador reconoce a veces un deber y un Derecho en relación con la misma materia, como cuando se refiere a la tarea de hacer que el mensaje divino de salvación alcance a los hombres de todo tiempo y lugar (c. 211). En la práctica, todo esto significa también el *carácter correlativo de los derechos y obligaciones* en el entramado de relaciones jurídicas que pueda darse en el seno de la *«communio fidelium»*.

Respecto a los términos utilizados, en el Título del CIC se habla de «obligaciones» y «derechos» de los fieles. El término *«obligatio»* se ha preferido al término *«officium»*, que se utilizaba en el CIC de 1917 para referirse a los *«iura et officia christianorum»* (c. 87). Sin embargo, en el actual c. 96, que es el que se corresponde con el antiguo c. 87, se ha conservado la misma expresión. De ello, parece deducirse también que los términos *«obligatio»* y *«officium»* pueden tener un carácter equivalente cuando se refiera a los deberes de los fieles. De hecho, los cánones situados bajo ese Título recurren a ambos términos, con diversos matices que no parecen ser demasiado relevantes en cuanto a sus consecuencias

jurídicas. En otras ocasiones, para expresar la obligación o el deber se recurre también a otras expresiones que puedan ser equivalentes. En todos los casos, el legislador parece referirse a las diversas vinculaciones o sujeciones que ligan entre sí a los fieles –o a los fieles y a la Autoridad Eclesiástica– en sus relaciones jurídicas, y que se pueden manifestar en prestaciones y conductas de diverso tipo.

En cuanto al término Derecho («*ius*»), el CIC lo utiliza con las connotaciones que derivan de su texto y contexto. Como es sabido, la doctrina jurídica utiliza el término Derecho (en sentido subjetivo) para referirse a *esferas de libertad y autonomía de la persona* en relación con los bienes jurídicos que le pertenecen. Muchas veces supone el ejercicio de *poderes o facultades* de hacer o no hacer, de usar o disfrutar, de exigir o disponer, etc. En todo caso, la noción de Derecho requiere determinadas *garantías,* sin las cuales difícilmente podría hablarse de la existencia de un Derecho en sentido técnico. Me refiero a la necesaria *protección jurisdiccional* en el fuero competente, cuando se haga necesaria su reclamación o defensa por el sujeto titular del Derecho. A ello se refiere el c. 221 que regula, sucesivamente en sus tres apartados, la reclamación y defensa de los derechos, el Derecho a la seguridad jurídica, y el principio de legalidad penal. Además de las garantías jurisdiccionales, el CIC se refiere también a los diversos recursos contra los actos administrativos (especialmente cc. 1732-1739).

4. El sujeto y el objeto de los derechos y obligaciones

El *sujeto* de estos derechos y obligaciones es obviamente el *fiel cristiano.* Dado que su fundamento es el Bautismo y la condición de fiel, no podría ser de otra manera. Así lo afirman los cánones del Título al que nos referimos, y lo afirma también el canon 96, que usa la expresión «personas en la Iglesia», y, en cuanto tales, sujetos de los deberes y derechos que son propios de los cristianos. Para ello, este canon requiere la condición de comunión, a la que ya nos hemos referido. Por otra parte, «las leyes meramente eclesiásticas solo obligan a los bautizados en la Iglesia y a quienes han sido recibidos en ella» (c. 11 del CIC), pero no a los demás bautizados en otras Iglesias cristianas: habrá que tenerlo en cuenta en el tema que nos ocupa.

Respecto a los *no bautizados*, aunque propiamente no pueden ser considerados «personas en la Iglesia, con los deberes y derechos que son propios de los cristianos» (c. 96 del CIC), no se les puede negar la condición de persona humana –con la dignidad y libertad inherente a esa condición– y, por tanto, la condición de sujeto de Derecho, también para el Derecho Canónico; el canon citado no se refiere a las personas «*extra Ecclesiam*».

Los no bautizados pueden ser sujetos de derechos y obligaciones en el Derecho Canónico ante todo por su condición de *persona humana*: el Derecho Canónico les reconocerá todos los derechos naturales que puedan tener relevancia en el ordenamiento Canónico. Así ocurre, por ejemplo, en el caso del Derecho a la libertad religiosa o del Derecho a la vida. En este sentido, afirma el CIC que nadie puede ser obligado a abrazar la fe católica contra su propia conciencia (c. 748 & 2), reconociendo así la libertad del acto de fe e, indirectamente, la libertad religiosa de toda persona; así mismo, considera el aborto como un gravísimo delito, protegiendo la vida humana de todo *nasciturus* con la pena de excomunión (c. 1398). En la misma línea de reconocimiento del Derecho natural, el CIC reconoce la capacidad de toda persona para disponer libremente de sus bienes y dejarlos a causas pías, tanto por actos *inter vivos* como por actos *mortis causa* (c. 1299).

Otras veces, el reconocimiento de derechos o deberes de los no bautizados ante el Derecho Canónico se puede dar cuando entran en contacto con este ordenamiento en determinadas circunstancias. En este sentido, el canon 1476 del CIC reconoce a «cualquier persona, esté o no bautizada», la condición de parte en los procesos judiciales Canónicos, de manera que pueda reclamar los correspondientes derechos y responder de sus obligaciones.

Dentro de los no bautizados, especial consideración merecen los *catecúmenos*, a quienes, aún no siendo bautizados, la Iglesia les concede ya algunas prerrogativas que son propias de los cristianos» (c. 206 & 2 del CIC). Los catecúmenos no son fieles, pero tampoco son infieles. Se consideran tales aquellas personas no bautizadas que, mediante un acto de voluntad, han solicitado explícitamente incorporarse a la Iglesia, y, por este deseo, se unen ya a la Iglesia, que los considera como suyos.

Surge entones un compromiso por parte de ellos y por parte de la Iglesia. La Iglesia se compromete a enseñarles la fe y prepararlos para que reciban el Bautismo, y ellos se comprometen a llevar ya una vida congruente con el Evangelio. (c. 206).

En consecuencia, el *estatuto jurídico del catecúmeno* no es el propio del fiel, pero tampoco es simplemente el de los no bautizados. Se trata de un estatuto jurídico peculiar, al que se refirió expresamente el Decreto *Ad gentes* n. 14, del Concilio Vaticano II, y que se regula, entre otros, en el canon 788 del CIC. Jurídicamente tienen un vínculo con la Iglesia en virtud del compromiso asumido por ambas partes. Pero, a diferencia de los fieles, no están unidos a la Iglesia por los vínculos de la comunión, sino que su unión con la Iglesia se parece más a un vínculo asociativo; en virtud de ese compromiso mutuo están coma

asociados a la Iglesia. Por eso la Iglesia les presta ya atención pastoral y les concede algunas prerrogativas que son propias de los cristianos[10].

Por lo que se refiere al *objeto* de los derechos y obligaciones de los fieles se puede decir que es muy variado; se extiende a todos aquellos bienes que son propios de la condición de fiel y que le son debidos en justicia, es decir, aquellos *bienes jurídicos* que forman parte de su patrimonio y de su esfera jurídica personal. Ante todo, se trata de los *bienes espirituales* que les son debidos como necesarios para su salvación, y aquí habría que mencionar especialmente la Palabra de Dios y los Sacramentos, a los que se refiere el c. 213 del CIC.

5. Naturaleza jurídica: ¿derechos fundamentales?

Como recordábamos más arriba, el Título del CIC *«De omnium christifidelium obligationibus et iuribus»* no los califica de «fundamentales», como sí ocurría en el Proyecto de LEF, cuyos últimos esquemas usaban la fórmula *«De christifidelibus officiis et iuribus fundamentalibus».* La cuestión no ha pasado inadvertida, y la doctrina se ha preguntado a qué obedece esa supresión, y si eso significa que los derechos y obligaciones que se recogen en los Códigos latino y oriental no tienen la consideración de fundamentales[11].

10. El citado canon 788 & 3 encomienda a las Conferencias Episcopales «publicar unos estatutos por los que se regule el catecumenado, determinando qué obligaciones deben cumplir los catecúmenos y qué prerrogativas se les reconocen». Para ejecutar esta norma la Conferencia Episcopal española aprobó un Decreto general en 1985. En relación con las prerrogativas que se conceden a los catecúmenos, ese Decreto general establece que : «pueden impartírseles sacramentales, a tenor del c. 1170; a cada uno acompañará en su itinerario catecumenal un padrino, es decir, un varón o una mujer que le conozca, le ayude y sea testigo de sus costumbre, de su fe y de su voluntad; pueden y aún deben participar en la actividad apostólica de la Iglesia; si contraen matrimonio, la comunidad cristiana los acompañará con una peculiar celebración religiosa, cumplidas las condiciones que determine el Ordinario del lugar; están equiparados a los fieles en materia de exequias» (*BCE*, 6, 1985, 62).

11. La calificación de los derechos y deberes de los fieles como fundamentales o no ha sido objeto de un debate doctrinal, que se inició hace ya más de treinta años con motivo de la elaboración del Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia, y que en cierto modo no se ha concluido. Con ocasión del IV Congreso Internacional de Derecho Canónico celebrado en Friburgo (Suiza) en 1980 ya se delinearon dos diferentes posiciones doctrinales que se reflejan, respectivamente, en la ponencia inaugural del Congreso pronunciada por Pedro Lombardía, y en la ponencia de clausura, encomendada a Eugenio Corecco. Véase P. Lombardía, *Los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia y en la sociedad*, en *Les droits fondamentaux du Chrétien dans l'Eglise et dans la Société. Actes de IV Congrès International de Droit Canonique*, Friburg Suisse-Freiburg i Br.-Milano, 1981, 15-31; E. Corecco, *Considerazioni sul problema dei diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società,* en Ibídem., 1207-1234. A partir de ahí, la doctrina se fue posicionando en torno a esas dos posturas, que se encuentran muy bien descritas en J. Bernhard, *Les droits fondamentaux dans la perspective de la «Lex Fundamentalis» et de la revision du Code de Droit Canonique,* en Ibídem, 367-395.

Sin entrar ahora en los pormenores de esta cuestión, está claro que, al ser los Códigos de Derecho Canónico una ley ordinaria –al menos desde el punto de vista formal– y no una Ley fundamental –como lo era el Proyecto de LEF–, los derechos y obligaciones que en ella se recogen no tienen «*formalmente*» el carácter de fundamentales. Una consecuencia muy importante de ello es que en ambos Códigos han desaparecido las garantías especiales que esos derechos y obligaciones tenían en la LEF, en particular la reforzada protección jurisdiccional de la que gozaban como consecuencia del principio de jerarquía normativa.

La cuestión no puede plantearse ya en términos de técnica Constitucional formal. El carácter fundamental o Constitucional de los derechos y obligaciones de los fieles solo puede plantearse ahora por su relación con el *Derecho divino*[12]. En la medida en que su objeto y contenido responda al Derecho divino, algunos derechos u obligaciones de los fieles pueden tener carácter de *fundamentales* o *Constitucionales*, y se podrá invocar a su favor el principio de Constitucionalidad o de jerarquía normativa para fundamentar su prevalencia sobre las demás normas jurídicas. En este sentido, tendrán la misma primacía que el Derecho Constitucional tiene sobre el resto del ordenamiento. Pero ello exige un análisis *de cada uno* de esos derechos y obligaciones, que constate caso por caso su vinculación con el Derecho divino y Constitucional[13].

6. Algunas características de la formalización codicial

Como decíamos más arriba, la formalización de las obligaciones y derechos de los fieles es una de las principales novedades de los Códigos latino y oriental. Los cánones en los que se recoge ese estatuto jurídico común de los fieles son, en general, breves y sintéticos, y algunos de ellos están llenos de matices. En el CIC la serie de cánones comienza –de modo emblemático– con un reconocimiento

12. En este sentido, afirma Hervada que «por formar parte del Código, los cánones de este Título tienen el mismo rango que el resto de los cánones, pero, en cuanto que son de derecho divino, tienen fuerza de tal, la legislación positiva debe interpretarse conforme a ellos, prevalecen sobre las normas humanas que no sean conformes a ellos, y los jueces deben resolver los casos de forma que los derechos se reconozcan y garanticen». Vid. J. Hervada, *sub Tit. I, P. I, Lib. II*, en *Código de Derecho Canónico. Edición anotada*, Pamplona 1983. En el mismo sentido puede verse su estudio posterior en el que vuelve sobre esta cuestión: J. Hervada, *Los derechos fundamentales del fiel a examen*, Fideliun iura («Lex Nova»), 1 (1991) 197-248.

13. Sobre esta cuestión me reafirmo en lo que ya escribí en su momento en mi comentario al Discurso del Papa Juan Pablo II dirigido al IV Congreso Internacional de Derecho Canónico celebrado en 1980 en Friburgo (Suiza): *El derecho de la comunión eclesiástica (A propósito del Discurso de Juan Pablo II al IV Congreso Internacional de Derecho Canónico),* Fidelium iura 10 (2000) especialmente 25-29.

del *principio de igualdad* (c. 208), de modo semejante a como hacen otras declaraciones de derechos y obligaciones en los diversos sistemas jurídicos[14].

A continuación, el c. 209 reconoce prioridad a lo que parece fue una preocupación del legislador cuando se aprobó ese Título del CIC: la obligación de todos los fieles «de observar siempre *la comunión* con la Iglesia». En realidad, lo primero que se establece son tres deberes u obligaciones de los fieles (cc. 209-210–211 del CIC); y solo a partir del c. 211 se reconoce ya un Derecho, que es a la vez un deber: el de trabajar para que el mensaje divino de salvación alcance a todo el mundo.

El c. 212 es el más largo y matizado, con sus tres apartados para regular materias tan delicadas como el deber de obediencia de los fieles a sus Pastores, el Derecho de petición y el Derecho de opinión. Dentro de los derechos reconocidos a los fieles, habría que subrayar la importancia del Derecho a la Palabra de Dios y a los Sacramentos (c. 213), por tratarse de uno de los derechos que parece tener más claramente el carácter de fundamental. También se podría mencionar el interés que tiene el reconocimiento de los derechos de asociación y de reunión (c. 215), así como el Derecho a promover y sostener iniciativas apostólicas (c. 216), por su importancia para la participación activa de todos los fieles en la misión de la Iglesia.

Así mismo, habría que hacer notar el reconocimiento de la incidencia del *Derecho natural* en el Derecho Canónico: lo hace el c. 212,2, cuando recoge el llamado «Derecho de petición»; el c. 220, al proteger dos derechos naturales de la persona humana y del fiel: los derechos a la buena fama y a la intimidad; y a ello habría que añadir el reconocimiento de un deber también natural, el de promover la justicia social (c. 222, 2).

Salvo en los cánones iniciales de este Título del CIC –los ya citados 208 a 211–, parece que el legislador no ha tenido un especial interés en establecer un orden entre estos cánones, y, desde luego, no ha hecho ninguna *clasificación* de los mismos. Esta cuestión se la ha dejado a la doctrina, pues la misión del legislador no es tanto definir o clasificar como preceptuar e imperar. Por otra parte, no parece

14. Los estudios dedicados a comentar los cánones del CIC relativos a las obligaciones y derechos de los fieles son ya muy numerosos. Puede verse, por ejemplo, P. A. Bonet– G. Ghirlanda, *De christifidelibus. De earum iuribus, de laicis, de consociationibus*, Romae 1983; J. Provost, *sub Tit. y sub cc. 208-223*, en J. Coriden – T. J. Green – D. E. Heintschel (eds.), *The Code of Canon Law, A text and commentary,* London 1985; H. J. F. Reinhardt, *sub Tit. y sub cc. 208-222*, en K. Lüdicke (dir), *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, II, (Oktober 1987); J. Fornés, *sub Tit. y sub cc.* 204-208, y D. Cenalmor, *sub cc. 209-223*, en A. Marzoa – J. Miras – R. Rodríguez-Ocaña (dirs), *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, II, Pamplona 1996; V. Parlato, *I diritti dei fedeli nell'ordinamento canonico*, Torino 1998.

fácil encontrar un criterio clasificatorio que resulte plenamente convincente, ni siquiera el que el propio legislador utiliza para sistematizar los diversos libros del CIC, y que ya había utilizado el Concilio Vaticano II para la actividad de la Iglesia: el criterio de los *«munera Christi»* o *«munera Ecclesiae»*, aunque podría encontrar una justificación en el c. 204, el cual se refiere a los fieles que por el Bautismo son «hechos partícipes a su modo de la función sacerdotal, profética y real de Cristo».

7. El ejerdicio de los derechos y obligaciones. Su regulación y límites

El elenco de cánones de este Título del CIC se termina en el c. 223, que en sus dos apartados se refiere a la regulación y límites del ejercicio de estos derechos y obligaciones de los fieles[15].

El canon propone, en sus dos apartados, al *bien común* como criterio general que ha de tenerse en cuenta, tanto al regular el ejercicio de los derechos y obligaciones por parte de la Autoridad Eclesiástica, como a la hora de ejercerlos por parte de los fieles como sujetos titulares de los mismos. Es el bien común, que en el caso de la Iglesia tiende a identificarse con la *«communio»*, el que determina los requisitos de licitud, y los límites en el ejercicio de esos derechos y obligaciones.

La *regulación* del ejercicio de los derechos y obligaciones es competencia de la *autoridad eclesiástica* (apartado 2 del c. 223), tanto a nivel de Iglesia Universal como a nivel de Iglesia Particular. Pero esa regulación no podrá ser arbitraria, sino que, además de tener en cuenta el bien común, se deberá respetar el contenido esencial de esos derechos tal como se encuentran reconocidos en los cánones de ese Título del CIC. Además, como ha señalado también la doctrina, los derechos de los fieles son también principios de organización eclesiástica: la Iglesia tiene que organizarse de manera que facilite y favorezca su legítimo ejercicio, cosa que ha de tenerse en cuenta en relación con toda la actividad pastoral de la Iglesia, y a la hora de dictar las normas jurídicas que regulen el ejercicio de esa actividad pastoral.

Por otra parte, también los fieles, a la hora de ejercer sus derechos, han de tener en cuenta el *bien común* (apartado 1 del c. 223). Ante todo, se concreta en el deber general de observar siempre la comunión con la Iglesia (c. 209), habida cuenta de que, como decíamos, la *«communio»* es el bien común propio y específico de la Iglesia. También se concreta en tener en cuenta los *derechos ajenos y*

15. D. Cenalmor, *Límites y regulación de los derechos de todos los fieles*, Fidelium iura 5 (1995) 145-172.

los deberes respecto a otros, puesto que los derechos y deberes, como ya hemos señalado más arriba, suelen ser correlativos en los diversos sujetos que son partes en una relación jurídica.

Así pues, *el bien común*, así concretado, aparece como un límite en el ejercicio de los derechos y obligaciones, y, a la vez, como el criterio a la hora de establecer los requisitos y condiciones de licitud al ejercitarlos.

8. Valoración crítica

Podríamos concluir este análisis haciendo una valoración crítica sobre esta declaración de derechos y obligaciones contenida en el CIC. Es verdad que los dos Códigos de Derecho Canónico, latino y oriental, han definido por primera vez en el Derecho de la Iglesia un elenco de «obligaciones y derechos de los fieles». En este sentido, ambos Códigos contienen una *verdadera declaración* de esos derechos y obligaciones.

Pero también es verdad que no se ha promulgado el Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia, que había creado unas expectativas de reconocimiento de tales derechos muy superiores a lo que de hecho ocurriría posteriormente, una vez que fueron recogidos en ambos Códigos y se descartó la promulgación de la LEF. Consecuencia de ello ha sido que las *garantías* que ofrecen ambos Códigos para la protección de esos derechos son mucho más débiles que las que habían previsto, en su momento, el Proyecto de LEF. Por eso, algunos autores han hablado de derechos de los fieles «debilitados», disminuidos en cuanto a su valor y garantías [16].

¿Quiere esto decir que no se ha avanzado en el reconocimiento de los derechos de los fieles? En este caso, la respuesta es negativa. Se ha avanzado mucho en el reconocimiento de esos derechos. Ambos Códigos los recogen y protegen con ciertas garantías. No es lo que algunos hubiesen deseado, pero es un reconocimiento que hay que calificar de positivo y aceptable, atendidas todas las circunstancias, también la oposición que ese reconocimiento pudo encontrar en algunos sectores de la Iglesia. En realidad, ambos Códigos adoptan una *vía media* entre el todo y el nada, quizá la única vía posible. Por eso, se ha dado un gran paso adelante en la declaración y reconocimiento de esos derechos.

Habría que añadir también que el legislador ha acertado plenamente cuando ha completado esa declaración de derechos con una declaración paralela de las

16. Así los califica, por ejemplo, Lo Castro, quien afirma que «*i diritti soggettivi nella Chiesa sono tutti diritti affievoliti*». G. Lo Castro, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Milano 1985, 248.

obligaciones de los fieles. En el Derecho de la Iglesia, los derechos de los fieles no pueden tener un carácter meramente reivindicativo de intereses de parte; por el contrario, muchas veces serán el cauce ordenado para cumplir los deberes y obligaciones propias de los cristianos.

La *doctrina canónica* está llamada ahora a seguir profundizando en la tarea de análisis y estudio de esas obligaciones y derechos[17]. Esta tarea será de gran ayuda para los fieles, que irán formando su conciencia cada vez con más claridad de su estatuto jurídico en la Iglesia; y será también de gran ayuda para las diversas instancias eclesiásticas llamadas a desarrollar normativamente o a aplicar esos derechos y obligaciones de los fieles. En particular, habría que mencionar el papel que en esa aplicación corresponde a la *Jurisprudencia Canónica*. Por eso, parte importante de esa tarea de estudio ha de ir encaminada a conseguir una mejora paulatina de los medios de protección y defensa de esos derechos en la praxis de la Iglesia. Sobre todo, tiene un especial interés contribuir a perfeccionar los *recursos administrativos y judiciales* existentes como garantía de esos derechos.

17. Para una interesante panorámica sobre la evolución de la doctrina canónica de los derechos de los fieles desde 1980 hasta el año 2000, con sugerentes comentarios sobre la aplicación en el ámbito administrativo y jurisprudencial de esos derechos, sobre su presencia en la opinión pública y en algunos debates canónicos, puede verse J. Otaduy, *Derechos de los fieles*, Fidelium iura 10 (2000) 45-87.

6

EL DERECHO DE LOS LAICOS A SEGUIR LA PROPIA FORMA DE VIDA ESPIRITUAL*

Sumario: I. EL DERECHO DE LOS LAICOS A SEGUIR LA PROPIA FORMA DE VIDA ESPIRITUAL COMO DERECHO SUBJETIVO**:** 1. Introducción. 2. Objeto del Derecho. 3. Naturaleza jurídica y fundamento. 4. Conexión con otros derechos subjetivos. 5. Sujetos titulares. 6. Límites de este Derecho. 7. Tutela jurídica. II. EL DERECHO A LA PROPIA ESPIRITUALIDAD Y LA ORGANIZACIÓN ECLESIÁSTICA: 1. Promoción de los derechos y libertades. 2. Los oficios Eclesiásticos y los derechos de los fieles. 3. Los derechos de los fieles y las estructuras pastorales de la Iglesia.

I EL DERECHO DE LOS LAICOS A SEGUIR LA PROPIA FORMA DE VIDA ESPIRITUAL COMO DERECHO SUBJETIVO

1. Introducción

El objeto de estas líneas tiene una indudable novedad canónica puesto que la existencia de los derechos subjetivos de los fieles y de los laicos en particular no había obtenido carta de naturaleza en el Derecho Canónico prácticamente hasta la promulgación del actual Código vigente.

En este sentido, la atención que la doctrina canónica ha prestado al tema de los derechos subjetivos, sobre todo a partir de la Eclesiología postconciliar, tratando de que su existencia fuese reconocida en la nueva codificación que se preparaba, no debiera languidecer ahora precisamente que el Código los ha formalizado[1]. Por el contrario, para que la regulación codicial no sea letra muerta

(*) Publicado en AA.VV., «*Studi in memoria di Mario Condorelli*», I-2 (1988) 1021-1037. Publicado también en Ius Canonicum 52 (1986) 515-530.

1. Entre los numerosos estudios dedicados al tema de los derechos subjetivos en el ordenamiento canónico, a lo largo de estos últimos años, pueden verse los siguientes: Prieto, A., *Los derechos subjetivos públicos en la Iglesia,* Revista Española de Derecho Canónico XIX (1964) 855-891; Viladrch, P. J., *Teoría de los derechos fundamentales del fiel. Presupuestos críticos,* Pamplona 1969; Del

se hacen precisos nuevos estudios e investigaciones a fin de que se alcance su plena operatividad. En este punto, se puede decir que estamos todavía en los comienzos de lo que debería ser una auténtica teoría canónica sobre la cuestión. Y si la anterior afirmación es verdadera por lo que se refiere a los derechos de los fieles en general, lo es también de un modo particular en relación con el Derecho cuyo título encabeza estas páginas. Es necesario, pues, la elaboración de esa teoría jurídica de los derechos de los fieles y de los derechos de los laicos, de lo que Vaticano II ha propuesto sobre la naturaleza y misión de los laicos en la Iglesia se lleve a la práctica con efectividad.

697

forma de vida espiritual, en cuanto Derecho subjetivo que sigue un determinado régimen jurídico, hay que situarlo naturalmente en el contexto de los restantes derechos y obligaciones jurídicos propios de los fieles y de los laicos. No es éste el momento de tratar la teoría general de los derechos subjetivos por

Portillo, A., *Fieles* y *laicos en la Iglesia. Bases de sus respectivos estatutos jurídicos,* Pamplona 1969, [2]1981; *Los derechos de los fieles,* Ius Canonicum II (1971) 68-93; Lombardía, P., *Los derechos fundamentales del fiel,* Concilium (1969) 240-247; Hervada-Lombardía, *El Derecho del Pueblo de Dios,* I, Pamplona 1970, 267-312; González Del Valle, J. M., *Derechos fundamentales y derechos públicos subjetivos en la Iglesia,* Pamplona 1971; Bonnet, P. A. – Ghirlanda, G., De *Christifidelibus,* Romae 1983 (especialmente, 19-52); Condorelli, M., *I fedeli nel nuovo Codex Iuris Canonici,* Il Diritto Ecclesiastico 4 (1984) 782-815; Lo Castro, G., *Il Soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento Canonico,* Milano 1985.

Se han editado también diversos volúmenes Colectivos en que se aborda este tema, a propósito del Proyecto de *Lex Ecclesiae Fundamentalis.* Vid.

El Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia, Pamplona 1972; *Legge e Vangelo,* Brescia 1972; *Lex Fundamentalis Ecclesiae,* Milano 1973; *Lex Ecclesiae fundamentalis,* en «Annali de dottrina e giurisprudenza canonica», Roma 1974; *Conventus canonistaram hispano–germanus salmanticae diebus 20-23 Januarii 1972 habitus. De Lege Ecclesiae fundamentalis condenda,* Salamanca 1974. También estuvo dedicado a este tema el IV Congreso Internacional de Derecho Canónico, celebrado en Friburgo en 1980. Vid. *Les droits fondamentaux du chrétien dans l'Eglise et dans la societé,* Milano 1981.

Por lo que se refiere al tema de los derechos y deberes específicos de los laicos son también numerosos los estudios realizados en estos últimos años. Entre ellos, pueden verse los siguientes: Prieto, A., *Estatuto jurídico del laicado,* en «Dinámica jurídica postconciliar», Salamanca 1969, 49-88; Caparros, E., *Les Notions jurídiques de fidele et de laic,* en «Studia canonica», 6, 1972, 79-98; Ledesma, A., *La condición jurídica del laico del CIC al Vaticano* I1, Pamplona 1972; Gómez Carrasco, M., *La condición jurídica del laico en el Concilio Vaticano II,* Pamplona 1972; Bahima, M., *La condición jurídica del laico,* Pamplona 1972; Lombardía, P., *Los laicos en el Derecho de la Iglesia,* en *Escritos de Derecho Canónico,* II, Pamplona 1973, 151-204; *Los laicos, en Escritos de Derecho Canónico,* III, cit., 167-204; Metz, R., *Le statut des laics, et celui des femmes en particulier, dans l'Eglise aujourd'hui,* Studia Canonica 12 (1978) 125-144; Del Portillo, A., *Fieles y laicos en la Iglesia,* Pamplona 1981; Fumagalli Carulli, O., *I laici nella normativa del nuovo CIC,* Monitor Ecclesiasticus 107 (1982) 491-508; Berlingo, S., *La funzione dei laici nel nuevo CIC,* Ibídem, 509-550; Dalla Torre, G., *I Laici,* en La nuova legislazione canonica, Roma 1983, 155-180; Feliciani, G., *I diritti e i doveri dei fedeli in genere e dei laici in especie. Le associazioni,* en *Il nuovo Codice di diritto canonico,* Bologna 1983, 253-273; Ghirlanda, G., *De obligationibus et iuribus christifidelium laicorum,* en De Christifidelibus, Romae 1983, 53-70.

lo que se refiere a su naturaleza, estructura, sujetos, objetos, funciones, límites, etc., tal como se plantea en esa teoría[2]. Presupuesta tal teoría, me limitaré solamente a tratar de concretarla y particularizarla en relación con el Derecho que constituye el objeto de mi exposición. Para ello la voy a dividir en dos partes. En la primera parte trataré del objeto o materia sobre la que versa el Derecho a la propia espiritualidad, de su naturaleza y fundamento, de su conexión con otros derechos subjetivos, de los sujetos titulares del mismo, de sus límites y, finalmente, de su tutela jurídica. En la segunda parte, me referiré a las relaciones entre este Derecho y la Organización Eclesiástica, bajo el convencimiento de que la plena efectividad de este Derecho depende en buena parte de una organización Eclesiástica que se estructure teniendo en cuenta los derechos de los fieles, y que conciba su propia misión como servicio y promoción de esos derechos, y consiguientes obligaciones, en la Iglesia.

2. Objeto del Derecho

El objeto de este Derecho lo constituye la propia forma de vida espiritual. Así es enunciado literalmente por el canon 214 del Código de Derecho Canónico quien, después de referirse al Derecho de tributar culto a Dios según las normas del propio rito, declara también que los fieles tienen Derecho «a seguir su propia forma de vida espiritual, siempre que sea conforme con la doctrina de la Iglesia».

Obviamente, el objeto de este Derecho presupone la existencia en la Iglesia de diversas formas de espiritualidad, que pueden ser a su vez objeto de específicos derechos según la condición jurídica de los fieles. Así podría hablarse, en términos genéricos, de una espiritualidad sacerdotal, de una espiritualidad religiosa y de una espiritualidad laical. Pero dentro de cada uno de estos tipos genéricos de espiritualidad cabrían también, a su vez, diversos modos o formas de vida espiritual.

La existencia de una espiritualidad propia de los laicos es, pues, el presupuesto del que hay que partir. En este sentido, la enseñanza del Vaticano II ha proporcionado unas bases doctrinales indiscutibles, de las que cualquier elaboración teológica y jurídica sobre la materia debe arrancar[3].

2. Sobre este tema pueden verse los trabajos en relación con los derechos subjetivos citados en la nota anterior.

3. Sobre la espiritualidad de los laicos pueden verse, por ejemplo: Torelló, J. B., *La spiritualité des laics,* La Table Ronde 206 (1965) 16-34; Illanes, J. L., *La santificación del trabajo, tema de nuestro*

Sin ánimo de invadir un terreno que es más bien propio de la Teología espiritual, me parece interesante subrayar cómo esta cuestión está en estrecha dependencia de cuál sea la vocación y misión propia de los laicos en la Iglesia y en el mundo, a la que se ha referido el Concilio. De acuerdo con esa enseñanza conciliar, se ha puesto de manifiesto cómo «la secularidad» constituye una característica esencial de esa espiritualidad laical, puesto que «a los laicos pertenece por propia vocación buscar el Reino de Dios, tratando y ordenando, según Dios, los asuntos temporales» (Lumen Gentium, n. 31). El «mundo» o el «siglo» se constituye así en el lugar natural donde la genuina vocación laical se ejercita y, por tanto, es el ámbito específico de toda espiritualidad auténticamente laical[4].

Por otra parte, en el Decreto conciliar específicamente dedicado a los laicos *(Apostolicam actuositatem)* se desarrollan una serie de facetas que afectan también al objeto de este Derecho. Allí se pone de manifiesto la íntima relación existente entre la vida espiritual y el apostolado[5], y cómo ambos aspectos de la vocación laical exigen un modo y estilo propios. Al mismo tiempo se considera la necesidad de una formación también específica pues, «como los laicos participan, según la manera que les es propia, en la misión de la Iglesia, su formación apostólica recibe una característica especial de la misma índole secular y propia del laicado, y del carácter de su vida espiritual»[6]. Es evidente que la espiritualidad de los laicos es inseparable de la dimensión apostólica que debe tener su vida, y, por otra parte, aparece clara la necesidad de una formación peculiar para el desarrollo de esa doble dimensión: la propia forma de vida espiritual y el propio estilo apostólico. Se trata de tres facetas que configuran el objeto del Derecho que trato de perfilar.

El canon 214 pone en conexión el Derecho al propio rito con el Derecho a la propia forma de vida espiritual. Se puede discutir la conveniencia o no de esta declaración de ambos derechos en un mismo canon, pero es evidente también que son dos cuestiones relacionadas. Como es sabido, la pertenencia a un determinado rito no es cuestión que afecte sólo al culto o a la liturgia, sino que de ella depende también el sometimiento a una u otra disciplina eclesiástica, y como pone de manifiesto el Derecho conciliar sobre las Iglesias Orientales *(Orientalium Ecclesiarum)*, las Iglesias particulares de Oriente y Occidente se diferencian entre sí por la diversidad de ritos, es decir, «en la liturgia, disciplina eclesiástica

tiempo, Madrid [6]1980. Desde el punto de vista jurídico ha tratado la cuestión De Ayala, F. J., *O direito a uma espiritualidade propia,* en AA.VV., *Líber amicorum Monseigneur Onclin*, Gembloux 1976, 99-119.

4. Vid., por ejemplo, Del Portillo, A., *Fieles y laicos en la Iglesia,* cit.; 163-171.
5. *Apostolicam actuasitatem,* n. 4.
6. Ibídem, n. 29.

y patrimonio espiritual», sin que ello obste a su comunión en una misma Iglesia Universal, bajo el Primado del Romano Pontífice[7]. Hay pues una indudable conexión entre el rito, la disciplina y la propia forma de vida espiritual. Al fin y al cabo, la vida espiritual cristiana tiene su fuente y culminación en la actividad cultual y litúrgica[8].

Pero lo dicho anteriormente tampoco es óbice para que se trate a la vez de dos cuestiones diferentes. Para percatarse de ello, basta advertir que la pertenencia a un mismo rito es perfectamente compatible con el seguimiento de diversas formas de espiritualidad. Por otra parte, vale también a la inversa, el seguimiento de una misma espiritualidad es compatible con la pertenencia a diversos ritos y disciplinas.

3. Naturaleza jurídica y fundamento

En cuanto a la naturaleza jurídica, parece claro que se trata de un Derecho subjetivo. Así lo afirma literalmente el canon 214 en términos inequívocos: *ius est.*

Se trata, pues, de un Derecho subjetivo que parece tener un carácter Constitucional, dada su vinculación y fundamento en el Derecho divino.

En cuanto a su carácter Constitucional, obviamente se usa este término sólo en su significado y sentido de Constitución material, pues en la Iglesia no hay una Constitución formalizada. Por lo demás, éste es uno de los derechos que figuraban declarados en el Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia, que no llegó a promulgarse pero sí pasó a integrarse, al menos parcialmente, en el actual Código de Derecho Canónico. Así ocurrió concretamente con el Derecho del que estamos tratando, que pasó a integrarse en el nuevo Código prácticamente en los mismos términos con que se encontraba formalizado en el último proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia[9].

En cuanto a su fundamento en el Derecho Divino, el ejercicio de este Derecho conecta con las libertades fundamentales del cristiano en orden al seguimiento de Cristo. Hay muchos modos de seguir a Jesús y de ser su discípulo, como se comprueba fácilmente sin más que abrir los Evangelios o los restantes escritos del Nuevo Testamento, especialmente las Cartas de S. Pablo. Ante la diversidad de caminos en la vida cristiana, los fieles tienen libertad en la Iglesia para elegir

7. *Orientalium Ecclesiarum,* n. 3.
8. *Sacrosanctum Concilium,* n. 10.
9. Cfr. Communicationes I (1980) 38.

el propio camino –se entiende dentro de la comunión de la Iglesia– y ello exige obviamente, como «conditio sine qua non» para que esa libertad pueda ejercitarse, la consiguiente inmunidad de coacción *coram Ecclesia* y el reconocimiento y respeto de esa libertad.

De otra parte, la Iglesia se encuentra constituida como Cuerpo Místico de .Cristo, en el que cada uno de sus miembros desempeña su propia función, de acuerdo con los carismas recibidos, tal como recuerda el Vaticano II, basándose entre otros en los escritos de S. Pablo. Todos los fieles reciben, pues, sus propios carismas para realizar su propia vocación y misión singular e irrepetible.

De aquí, se deduce también el Derecho y la obligación del laicado de ejercitar su propio carisma en orden a esa peculiar vocación y misión en la Iglesia y en el mundo, a que antes se aludía[10].

4. Conexión con otros Derechos subjetivos

De lo dicho se deduce también la conexión entre el Derecho a seguir la propia espiritualidad y otros derechos subjetivos reconocidos también en el Código. La parcelación en distintos derechos, a la que obliga la formalización jurídica, no puede hacernos olvidar el carácter unitario de sus comunes raíces y fundamento.

Es evidente la conexión entre este Derecho y otros derechos y obligaciones enunciados también en el Código. Así ocurre con el «deber de esforzarse por alcanzar la santidad según la propia condición» (canon 210); con el Derecho y deber de trabajar, tanto personal como asociadamente para que el mensaje de salvación alcance a todos los hombres (c. 225, § 1), así como con el deber peculiar de impregnar y perfeccionar el orden temporal con el espíritu evangélico, y dar así testimonio de Cristo, especialmente en la realización de esas mismas cosas temporales y en el ejercicio de las tareas seculares (c. 225, § 2); con el Derecho y deber de recibir una formación cristiana adecuada, que incluye también un conocimiento a fondo de las Ciencias Sagradas que se imparten en las Universidades Eclesiásticas (c. 229); con el Derecho de asociación y reunión (c. 215); con el Derecho a la libre elección de estado (c. 219); con el Derecho que, aun siendo propio

10. Sobre la incidencia de los carismas en el Derecho Canónico puede verse: Santos, J. L., *Jerarquía y carisma en el gobierno de la Iglesia,* Ius Canonicum 7 (1967) 321-365; Lombardía, P., *Relevancia de los carismas personales en el ordenamiento canónico,* Ius Canonicum 9 (1969) 101-119; *Carismi e Chiesa istituzionale,* en *Studi in onore di P. A. d'Avack*, II, A. Giuffrè, Milano 1976, 957-988.

de todos los fieles, es tan característico y necesario para los laicos que el Código se lo atribuye sólo a ellos: el Derecho a la libertad en materias temporales (c. 227).

Finalmente, mención especial merece el Derecho a recibir de los Pastores sagrados la ayuda de los bienes espirituales de la Iglesia, principalmente la Palabra de Dios y los Sacramentos (c. 213). Es evidente la conexión orgánica entre este Derecho y el Derecho a la propia espiritualidad. El primero aparece como medio necesario e imprescindible para hacer posible la universal llamada a la santidad y al apostolado, especialmente en lo que se refiere a 19S laicos. Derecho a recibirlos «con abundancia», como afirma *Lumen Gentium,* n. 37, que fundamenta una interpretación en ese sentido del c. 213.

5. Sujetos titulares

Por lo que se refiere a los sujetos titulares de este Derecho, el canon 214 lo configura como un Derecho que corresponde a todos los fieles, con independencia de cuál sea su condición o estado jurídico, pues parece claro que el Derecho a seguir la propia espiritualidad afecta por igual a clérigos, laicos y religiosos. De hecho, la existencia de una espiritualidad sacerdotal o de una espiritualidad religiosa o de la vida consagrada en general, como presupuesto de hecho para la existencia de este Derecho, ha sido una realidad normalmente reconocida en otras épocas históricas y también en la actual. Lo que ha aparecido como una novedad, o más bien un «redescubrimiento» a partir de determinados movimientos espirituales que han tenido lugar en nuestro siglo, ha sido precisamente la existencia de una espiritualidad específica de los laicos, a la que ha hecho eco la enseñanza del Concilio Vaticano II. Por ello es preciso referirse a esta última por separado y destacar así su carácter singular y ya claramente indiscutible después de los fenómenos de vida y de doctrina surgidos de unos años a esta parte[11].

Hay que añadir, además, que tanto los fieles en general como los laicos en particular son sujetos de este Derecho no sólo considerados como personas individuales sino también en cuanto reunidas en grupos con la finalidad de ayudarse mutuamente en su vida espiritual y apostólica. En este sentido, no es determinante cuál sea la figura jurídica que adopte esa comunidad o grupo de fieles, ya sea la de una asociación en sentido estricto, según las diversas especies de asociaciones que configura el Código, ya sea adoptando otro tipo de orga-

11. Referencias a este movimiento de ideas y de vida pueden encontrarse en Illanes, J. L., *La santificación del trabajo, tema de nuestro tiempo,* cit., 17-27.

nización, y siempre que se cumplan los requisitos establecidos por el Derecho. Puede tratarse de grupos sociales de fieles de muy diversa entidad, que pueden estar unidos también por razones muy diversas, como el rito, la lengua, la raza, la cultura, motivos profesionales, etc. Ya se trate de movimientos de apostolado, de comunidades de base o de comunidades carismáticas, de fenómenos de vida espiritual o apostólica, deberán encontrar la forma jurídica más adecuada a su propio carisma que, si es auténtico y así se comprueba, tendrá Derecho a ser reconocido como tal por la Autoridad Eclesiástica a la que corresponda el juicio de autenticidad y legitimidad[12].

6. Límites de este Derecho

Respecto a los límites dentro de los cuales ha de ejercitarse este Derecho, hay que decir en primer lugar que le es aplicable el régimen del canon 223, que regula con carácter general los límites en el ejercicio de los derechos subjetivos. Según este canon ese límite se encuentra en el bien común, así como también en el respeto a los derechos ajenos. El bien común es también el criterio que la autoridad eclesiástica debe tener en cuenta a la hora de ejercitar las competencias que le corresponden en orden a regular el ejercicio de tales derechos. Se trata, como se ve, de un criterio muy general como lo es el concepto mismo de bien común, pero de un criterio que es muy clásico dentro de la tradición canónica y del que derivan indudables exigencias ético–jurídicas tanto para los fieles como para la misma autoridad. En todo caso supone un criterio valorativo, que no deja el ejercicio de aquellas competencias a merced de la arbitrariedad.

En segundo lugar, hay que decir que ese límite general ha sido expresamente concretado en relación con el Derecho a la propia espiritualidad por el canon 214, el cual señala que ese Derecho ha de ser ejercitado «conforme a la doctrina de la Iglesia». Así parece exigirlo obviamente la propia comunión eclesial, pues el legítimo pluralismo de espiritualidades ha de ser siempre consentáneo con tal doctrina, tal como es autoritativamente declarada por los órganos ordinarios o extraordinarios del Magisterio Eclesiástico. Ello parece encontrar también una vía de protección penal en la tipificación de aquellos delitos que atentan contra la religión y la unidad de la Iglesia, especialmente tal como se encuentran regulados en el canon 1.364. La Autoridad eclesiástica será en todo caso la com-

12. El tema de los sujetos en derecho canónico, tanto en su dimensión individual como colectiva, ha sido tratado de nuevo por Lo Castro, G., *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Milano 1985.

petente para dictar el juicio de conformidad con la doctrina de la Iglesia, pero cabrá apreciar siempre un cierto «*favor libertatis*» en relación con todo juicio que tenga que aplicar normas que restrinjan al libre ejercicio de los derechos o que establezcan sanciones penales, pues tales normas deberán interpretarse estrictamente (canon 18)[13].

7. Tutela jurídica

En cuanto a su tutela jurídica, hay que remitirse también a las normas generales sobre la protección de los derechos subjetivos en el Derecho Canónico. Por tanto, este Derecho goza de la protección jurisdiccional en el fuero Eclesiástico a la que se refiere el canon 221, ya sea por medio del juicio contencioso ordinario, ya sea dentro de un proceso penal, ya sea a través del proceso contencioso–administrativo, según sea el objeto del juicio (canon 1.400). En el caso del proceso contencioso–administrativo, se entiende que deberán haberse agotado los correspondientes recursos administrativos previos a los que se refiere el canon 1.737, § 1.

Aunque la doctrina no ha dejado de expresar sus temores en torno al alcance que en la nueva legislación canónica va a tener la tutela de los derechos que en el Código se reconocen[14], parecen existir ya las bases generales y los cauces adecuados para que esa protección jurídica pueda llevarse a cabo. En este sentido, me permito transcribir a continuación el comentario que a un autorizado procesalista suscita el citado canon 1.400. Según el Prof. De Diego Lora, «su interpretación ha de hacerse siguiendo la amplitud misma con que ha sido redactado, de manera que ninguna materia jurídica sometida al poder jurisdiccional de la Iglesia, y sobre la que pueda surgir pretensión de un sujeto frente a otro, quede impedida de obtener satisfacción del órgano judicial competente. El precepto ofrece garantías judiciales a los sujetos del ordenamiento Canónico, lo mismo en relación a hechos jurídicos, como a situaciones jurídicas que merecen declaraciones o reconocimientos jurisdiccionales; así como el amparo de las pretensiones de vindicación o reclamación de derechos, de creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas, y las que promuevan condenas de imposición de conductas activas o abstenciones, incluidas en ellas las penas por razón de

13. Sobre el juicio de autenticidad y un razonable ejercicio del mismo por parte de la Autoridad eclesiástica puede verse, Santos, J. L., *Jerarquía y carisma en el gobierno de la Iglesia*, cit., especialmente 337-340.

14. Vid. Condorelli, M., *I fedeli nel nuovo Codex Iuris Canonici*, cit., 808-812.

delitos. Para gozar de la garantía judicial, bastará que la pretensión que se actúe goce del *fumus boni iuris,* cubra las exigencias conocidas por la doctrina procesal como presupuestos procesales, y se revista de los requisitos formales que el *Codex* establece» [15].

II EL DERECHO A LA PROPIA ESPIRITUALIDAD Y LA ORGANIZACIÓN ECLESIÁSTICA

1. Promoción de los Derechos y libertades

A pesar de esa tutela jurídica, cabría prever la *práctica ineficacia* de la protección de la libertad y de los derechos subjetivos en el Derecho Canónico si el ejercicio de éstos hubiera de arrancarse a golpe de sentencia O de recurso administrativo. ¿Cuántos cristianos estarían dispuestos a acudir a la confesión y comunión frecuentes, a la misa diaria, a la dirección espiritual y a otros medios de formación si para ello tuviesen que estar continuamente pleiteando en el fuero Eclesiástico? Sería ridículo responder a esta pregunta, ante lo obvio de la respuesta: sólo en muy contadas ocasiones y en situaciones muy excepcionales se llegaría a reivindicar así ciertos derechos o bienes jurídicos, por muy importantes que sean para la vida cristiana y la misión de la Iglesia.

Ante esta realidad, sólo cabe acudir a la *doctrina de la promoción de los derechos y libertades* para conseguir que sean reales y efectivas. No bastan las meras decla-

15. Cfr. De Diego Lora, C., *Código de Derecho Canónico,* ed. anotada a cargo de Lombardía y Arrieta, Pamplona 1984, 837-838. Puede verse también del mismo autor: *Poder jurisdiccional* y *función de justicia en la Iglesia,* Pamplona 1976.

Sobre la protección procesal y administrativa de los derechos subjetivos puede verse, además, Mirabelli, C., *La protezione giuridica dei diritti fondamentali,* en «Les droits fondamentaux du chrétien dans l'Eglise et dans la societé», Milano 1981, 419-449; Arias, J., *Protección jurídica de los derechos fundamentales: principio de legalidad penal,* Ibídem, 461-475; Arrieta, J. I., *Oportunidad de la tutela procesal de los derechos fundamentales del fiel,* ibídem, 475-487; Goti, J., *Dimensión procesal de los derechos fundamentales,* ibídem, 547-554; Grocholewski, Z., *Diritto dei fedeli di diferire e di introdurre le cause presso la Santa Sede,* ibídem, 559-572; Labandeira, E., *La tutela de los derechos subjetivos ante la sección II de la Signatura Apostólica,* ibídem, 571-581; Madero, L., *Tiempo y proceso (en torno a los derechos fundamentales dentro del proceso matrimonial),* ibídem, 581-595; Spinelli, G., *Aspetti della tutela dei fedeli nei confronti degli organi di goberno della Chiesa,* ibídem, 623-629; Moneta, P., *I procedimenti amministrativi,* en *La normativa del nuovo Codice,* Brescia 1983, 392-405; Labandeira, E., *El objeto del recurso contencioso–administrativo en la Iglesia y los derechos subjetivos,* Ius Canonicum 40 (1980) 151-166; Lobina, G., *La giusticia amministrativa,* en *Il diritto nel mistero della Chiesa,* IV, Roma 1980, 258-271; Bertolino, R., *La tutela dei diritti nella Chiesa. Dal vecchio al nuovo Codice di diritto canonico,* Torino 1983; Valdrini, P., *La protection juridique des droits dans I'Eglise,* L'Année Canonique 25 (1981) 299-313; *Injustices et protection des droits dans I'Eglise,* Strasbourg ²1984.

raciones de derechos, como ha puesto de manifiesto la experiencia de la aplicación de los derechos subjetivos en los ordenamientos jurídicos estatales. Se hace necesaria una actividad positiva por parte de los órganos públicos, de impulso, fomento y promoción, proporcionando los servicios necesarios.

No parece que esta experiencia del Estado moderno tenga que considerarse extraña al Derecho Canónico, si de verdad se toman en serio los derechos subjetivos de los fieles y todas las exigencias que comportan para la Organización Eclesiástica. Para que el Derecho de los laicos a una espiritualidad propia, a unos modos apostólicos propios y a una formación específica no quede sin eficacia; es más, para que una doctrina tan importante como la que ha puesto de manifiesto el Concilio, sobre la universal llamada a la santidad y al apostolado en las circunstancias ordinarias de la vida corriente, no sea un vago deseo de la Iglesia del s. XX reunida en Concilio que se lleve el viento de la Historia, es preciso que la Pastoral de la Iglesia, yo diría que *toda la Pastoral de la Iglesia,* se sienta interpelada y se sienta responsable ante este gran reto histórico al que ha sido emplazada por el Vaticano II. Como decía al principio, me parece que en este punto estamos todavía en el comienzo de los comienzos en lo que se Concilio, en una de sus aportaciones de más importancia para que se realice la misión de la Iglesia: este llamamiento a todos los cristianos para seguir a Cristo según la propia vocación y misión, según su condición propia dentro del Pueblo de Dios.

2. Los oficios Eclesiásticos y los Derechos de los fieles

Para que el llamamiento del Concilio se haga realidad, es preciso en primer lugar tratar de asimilar a todos los niveles de la Organización Eclesiástica una idea que el propio Concilio ha puesto también de manifiesto; me refiero a la concepción de *la Autoridad como servicio, como diaconía* (para usar los propios términos conciliares)[16]. Según este planteamiento la potestad y el poder deben pasar a un segundo plano, al plano instrumental de los medios, sin duda necesarios, pero sólo en cuanto medios para realizar la misión de la Iglesia.

Un eco de este planteamiento parece encontrarse en el c. 145, al definir el oficio Eclesiástico como un cargo estable que ha de ejercerse para un fin espiritual, independizando así la noción de oficio de la noción de potestad, al contrario de lo que ocurría en el c. 145 del anterior CIC. La noción de oficio queda así más

16. Cfr. *Lumen Gentium,* n. 24.

vinculada a la noción de servicio, de *munus*, que a la noción de potestad o que incluso a la de beneficio, en los llamados oficios beneficiales del viejo CIC 17[17].

Es necesario también, en segundo lugar, *conectar más, a partir de ahora, los oficios Eclesiásticos con los derechos subjetivos y los deberes de los fieles,* para establecer una relación adecuada entre Jerarquía y fieles, o Pastores y fieles, que sustituya los viejos planteamientos concebidos en términos de poder–sujección, que recuerdan mucho más los que son propios de la organización territorial del Estado que aquellos que son más congruentes con la naturaleza Constitucional de la Iglesia.

En esta línea me parece que se encuentra también el CIC cuando se refiere, por ejemplo, a los *oficios del Obispo diocesano y del párroco* en relación con la cura pastoral que les está encomendada, que ha de tener en cuenta la variedad de circunstancias en las que se pueden encontrar los fieles, atendiendo a cada una de ellas, y realizando siempre una labor de reconocimiento, promoción y fomento de la vocación propia y peculiar de cada uno[18].

En tercer lugar, una concepción de los oficios Eclesiásticos que subraye más su función pastoral de servicio a los fieles, y menos su carácter de potestad y de poder, ha de tener también una exquisita sensibilidad para respetar en el máximo grado posible la *libertad de todos los fieles a la hora de elegir los medios* de santificación, de apostolado y de formación en la Iglesia. Ello tendrá que manifestarse cuando se trata de regular la predicación de la Palabra y la administración de los Sacramentos. La Pastoral de la Iglesia, a la hora de ofrecer sus servicios a los fieles, tendrá que organizarse con flexibilidad y elasticidad, para no imponer como obligatorios los servicios que prestan las estructuras jurídicas para la Pastoral común y ordinaria (como, por ejemplo, la parroquia), sino sólo en la medida en que sea exigido por una buena administración eclesiástica; cuando se haga necesario, por ejemplo, dejar constancia en los registros parroquiales de ciertos actos sacramentales o similares que afectan a la condición o al estado jurídico de los fieles.

Me parece que en esta línea ha pretendido situarse también el mismo CIC al referirse en el C.530 a las funciones que se encomiendan especialmente al párroco, empleando una fórmula menos limitadora que la del viejo C. 462 del CIC 17, que hablaba de «*funciones reservadas* » (ahora se habla de «funciones específicas»

17. Vid. Arriera, J. I., *Código de Derecho Canónico,* ed. anotada a cargo de Lombardía y Arrieta, Pamplona 1984, 139-140.

18. Para darse cuenta de ello basta leer los cánones 383-387 (especialmente el 387, en relación con el tema que nos ocupa) o los cánones 527-529 (especialmente el 529, § 2, también en relación con nuestro tema).

pero no exclusivas de él). Lo mismo habría que decir en torno a la administración de ciertos sacramentos, como la *Penitencia* o *la Eucaristía,* en los que el nuevo CIC ha querido poner de manifiesto la libertad de que gozan Los fieles a la hora de recibirlos de los ministros de la Iglesia, siempre que se cumpla naturalmente lo que es de precepto en esta materia[19].

3. Los Derechos de los fieles y las estructuras pastorales de la Iglesia

Finalmente, me parece que la tarea de promoción y fomento de la vocación y misión propia de los laicos en la Iglesia y en el mundo, así como de todas las consecuencias que derivan de la universal llamada a la santidad y al apostolado, exige poner en juego todas las energías y posibilidades que se encierran en las *estructuras pastorales de la Iglesia,* tanto las que se ocupan de la pastoral común y ordinaria, como las que se ocupan de la Pastoral especializada.

Por lo que se refiere a las estructuras y oficios en relación con la *pastoral común y ordinaria,* acabamos de mencionar algunos aspectos sobre el modo de concebir los oficios y funciones eclesiásticas, que ya han quedado reflejados en el nuevo CIC, y a los que ahora habrá que sacar todo el partido posible mediante una aplicación adecuada de esa normativa. En este punto, lo importante no es sólo lo que el CIC establece, sino su correcta asimilación por aquellos que deben cumplir sus normas, en este caso los titulares de esos oficios a quienes se encarga la cura pastoral ordinaria de la Iglesia. A todos los niveles de las estructuras pastorales, tanto de Iglesia Universal como de Iglesias particulares, y, en este último caso, tanto a nivel regional o provincial como diocesano o parroquial, tendrá que penetrar esta nueva perspectiva pastoral que se abre para la Iglesia ante la necesidad de atender esa vocación y misión peculiar de los laicos.

Entre otras cosas, una adecuada sensibilidad hacia esta perspectiva parece que debiera exigirse a quienes sean designados para esos oficios a los que el CIC señala como funciones, la de reconocer y fomentar la específica tarea que corresponde a los fieles en la Iglesia, según su propia condición[20]. Una fina captación del papel que corresponde a los laicos en la Iglesia difícilmente será compatible con un concepto de la Autoridad entendida como dominio indiscriminado de las conciencias; o con una permanente actitud de recelo, ante las esferas de libertad y de autonomía legítimas.

19. Véanse, por ejemplo, los cánones 912, 918, 923, en relación con la Eucaristía, y los cánones 240, 630, 991, etc., en relación con la Penitencia y la dirección espiritual en general.
20. En relación con esos oficios, véanse los cánones citados en nota 18.

Por lo que se refiere a la *Pastoral especializada,* el nuevo CIC ha procurado también recoger las sugerencias que en distintos momentos y documentos ya hizo el Concilio, en orden a satisfacer las demandas que vienen exigidas por las nuevas circunstancias sociales, de personas y de grupos; con la consiguiente necesidad de crear nuevas estructuras pastorales, o de reorganizar las ya existentes, cuando lo exigen estas razones de apostolado moderno. Parece que un denominador común a la hora de regularlas ha sido la de hacerlo con la flexibilidad y agilidad suficiente, como para que puedan responder a circunstancias variadas y heterogéneas.

Para citar algunos ejemplos, podríamos referirnos a las normas del CIC que regulan oficios ya tradicionales en la vida de la Iglesia, como son *los de Rectores de Iglesias* o *los de Capellanes,* cuyas funciones tratan de adaptarse a las variadas situaciones en que puedan encontrarse las comunidades de fieles o los grupos sociales destinatarios de esa misión pastoral. Particular interés, en orden a esa Pastoral especializada, pueden tener cánones tales como el 560, referido a Iglesias para atender a grupos concretos de fieles; o el 566, referido a la asistencia religiosa en hospitales, cárceles y viajes marítimos; o el 568, que se refiere a la creación de capellanías para el cuidado pastoral de emigrantes, desterrados, prófugos, nómadas, marinos; o, finalmente, el 569 que remite la regulación de los capellanes castrenses a una legislación especial que, en muchos casos, suele estar pactada con el Estado.

Así mismo, el CIC se ha hecho eco también de la directiva conciliar en orden a la posible creación de nuevas estructuras pastorales, como son *las prelaturas personales,* cuando razones de apostolado así lo pidan, para llevar a cabo peculiares obras pastorales o misioneras. De este modo, ha sido la propia Organización Eclesiástica la que ha dado existencia a una nueva estructura pastoral, sustentada en la potestad de jurisdicción que corresponde a las estructuras de la Iglesia Universal, pero con la finalidad de realizar servicios pastorales que reducen en bien de las Iglesias Particulares. Se quiere responder así a través de la propia organización pública de la Iglesia, a necesidades pastorales que experimentan diversas Regiones o grupos de fieles, entre las que deben enumerarse algunas íntimamente relacionadas con la vocación y misión de los laicos en la Iglesia[21].

21. Sobre las prelaturas personales, vid. Gutiérrez, J. L., *De prælatura personali iuxta leges eius constitutivas et Codicis Iuris Canonici normas,* Periodica 72 (1983) 71-111; Lo Castro, G., *Le Prelature personali per lo svolgimento di especifiche funzioni pastorali,* Il Diritto Ecclesiastico (1983) 85-146; Fornés, J., *El perfil jurídico de las Prelaturas personales,* Monitor Ecclesiasticus 107 (1983) 436-472; Rodríguez, P. – Fuenmayor, A., *Sobre la naturaleza de las Prelaturas personales y su inserción dentro de la estructura de la Iglesia,* Ius Canonicum 24 (1984) 9-47; González Del Valle, J. M., *Zur neuen Re-*

Por último antes de acabar mi exposición, y como resumen de todo lo dicho, quisiera subrayar que esta idea que acabo de apuntar, referente a la Pastoral de la Iglesia, me parece *clave* en relación con el tema específico del Derecho de los laicos a la propia espiritualidad. Parece deseable que este Derecho cuyo ejercicio tiene sus riesgos, pero que puede ser de tanta transcendencia para la vida de la Iglesia y para la construcción cristiana del orden temporal, no debe quedar en mera declaración retórica, sin eficacia práctica en la realidad por faltar las condiciones requeridas para su existencia, promoción y fomento. Para evitarlo es necesario ese *esfuerzo pastoral* a que me he referido.

El Código recientemente promulgado ofrece los cauces normativos para que esa actividad pastoral tenga también su cobertura jurídica. Ha llegado ya el momento de proceder a una inteligente aplicación, para ejecutar lo que han sido claras y decididas directivas del Concilio, en esta importante materia que afecta a la gran mayoría de los miembros del Pueblo de Dios, los fieles corrientes llamados a vivir su vocación cristiana en todos los caminos del mundo.

chtsfigur der Personal prelaturen, Oesterreichisches Archiv für Kirchenrecht 34 (1983-1984), 131-140; Navarro Valls, R., *Las Prelaturas personales en el Derecho conciliar y codicial,* Estudios Eclesiásticos 59 (1984) 431-458; Spinelli, L., *Riflessi canonistici di una nuova structura pastorale: le Prelature personali,* in *Raccolta di Scriti in onore di Pio Fedele*, I, Perugia 1984, 591-612; Rodríguez, P., *Iglesias Particulares y Prelaturas personales,* Pamplona 1985; Caparrós, E., *Une structure jurisdictionel issue de la préoccupation pastorale del Vatican II; les prélatures personelles,* Studia Canonica 17 (1983) 487-531; Dalla, Torre, G., *Prelato e Prelatura,* en *Enciclopedia del Diritto*, 34, Giuffre, Milano 1985, 973-981.

PARTE V

LA CONSTITUCIÓN JERÁRQUICA DE LA IGLESIA

1. «SACRA POTESTAS» Y SERVICIO A LOS FIELES

2. LA CONSTITUCIÓN JERÁRQUICA DE LA IGLESIA Y LA SISTEMÁTICA DEL CIC

3. ESTRUCTURAS JERÁRQUICAS Y ASOCIACIONES

4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DIÓCESIS EN SITUACIÓN DE SEDE IMPEDIDA Y DE SEDE VACANTE

5. LAS PRELATURAS PERSONALES

1

«SACRA POTESTAS» Y SERVICIO A LOS FIELES EN EL CONCILIO VATICANO II*

1. Introducción

El espíritu de servicio pertenece a la entraña misma de la Iglesia. No es un rasgo característico de una determinada época de su historia bimilenaria, como pudiera ser la actual, en la que es preciso que brille con particular fulgor para hacer más amable el rostro de la Iglesia. El espíritu de servicio pertenece al corazón de la Iglesia porque forma parte del espíritu de Cristo, anunciado ya en el Viejo Testamento como el Siervo de Yahvé. En el Evangelio el Señor mismo se manifiesta como Aquel que no ha venido a ser servido sino a servir y a dar su vida por la salvación de todos los hombres. Toda la vida de Cristo es un testimonio elocuente de este modo de vivir, que se manifiesta con particular intensidad en los momentos finales de su existencia aquí en la tierra, cuando poco antes de instituir el Sacrificio de la Nueva Alianza amó a los suyos hasta el extremo y les lavó los pies realizando las funciones propias de un esclavo, para dar ejemplo a

(*) Publicado, en Fidelium iura 7 (1997) 11-28. Este escrito corresponde a la ponencia que el autor desarrolló en el IV Simposio del Instituto Martín de Azpilcueta, sobre «La dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia», celebrado en Pamplona del 17 al 19 de Septiembre de 1997. El texto que ahora se imprime es la reproducción literal de la intervención oral que tuvo lugar en el Simposio. Publicado también en AA.VV., *La dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia*, Pamplona 1999, 55-67.

sus discípulos de cómo debería ser entendido el Mandamiento Nuevo que en aquella misma ocasión promulgó. La rebeldía de Pedro ante la actitud del Señor no hizo más que confirmar de nuevo que no había entendido todavía a fondo el sentido del Reino de Dios que Cristo venía a establecer en la tierra; el Reino de Dios no podía ser entendido a partir de los criterios que inspiran a los reinos de este mundo. El ejemplo de Cristo, Maestro y Señor, debería quedar ya grabado para siempre en la memoria de Pedro y de aquellos que como Sucesores suyos han sido llamados a convertirse en Siervos de los siervos de Dios[1]. El Espíritu Santo, como Espíritu de Cristo, tendría que hacérselo entender y recordar a lo largo de la Historia de la Iglesia, y no sólo a Pedro y a sus Sucesores los Romanos Pontífices, sino a todos los discípulos de Cristo, a todos los fieles cristianos que mediante el Bautismo son hechos partícipes del espíritu de Cristo y de sus funciones –los *Tria munera Christi*– al servicio de la Redención del género humano. Así ha ocurrido en la segunda mitad de este siglo durante el Concilio Vaticano II[2].

1. En la Exhortación apostólica *Pastores dabo vobis*, el Papa Juan Pablo II se ha referido a este espíritu de servicio de Cristo, Siervo de Dios y a la vez Cabeza de la Iglesia; poniendo en relación estos dos títulos de Cristo, saca las consecuencias que de ahí derivan para entender las relaciones entre autoridad y servicio en la Iglesia. Son palabras que arrojan mucha luz sobre el tema objeto de este estudio, centrando su fundamento cristológico:

«Jesucristo es Cabeza de la Iglesia, su Cuerpo. Es «Cabeza» en el sentido nuevo y original de ser «Siervo», según sus mismas palabras: «Tampoco el Hijo del Hombre ha venido a ser servido, sino a servir y a dar su vida como rescate por muchos» (Mc 10, 45). El servicio de Jesús llega a su plenitud con la muerte en la Cruz, o sea, con el don total de Sí mismo, en la humildad y el amor: «se despojó de sí mismo tomando la condición de siervo, haciéndose semejante a los hombres y apareciendo en su porte como hombre; y se humilló a Sí mismo, obedeciendo hasta la muerte y muerte de Cruz…» (Flp 2, 78). La autoridad de Jesucristo Cabeza coincide pues con su servicio, con su don, con su entrega total, humilde y amorosa a la Iglesia. Y esto en obediencia perfecta al Padre: él es el único y verdadero Siervo doliente del Señor, Sacerdote y Víctima a la vez.

Este tipo concreto de autoridad, o sea, el servicio a la Iglesia, debe animar y vivificar la existencia espiritual de todo sacerdote, precisamente como exigencia de su configuración con Jesucristo, Cabeza y Siervo de la Iglesia. San Agustín exhortaba de esta forma a un obispo en el día de su ordenación: «El que es cabeza del pueblo debe, antes que nada, darse cuenta de que es servidor de muchos. Y no se desdeñe de serlo, repito, no se desdeñe de ser el servidor de muchos, porque el Señor de los Señores no se desdeñó de hacerse nuestro siervo»».

A continuación, el Papa saca también las consecuencias para la vida espiritual de los ministros sagrados:

«La vida espiritual de los ministros del Nuevo Testamento deberá estar caracterizada, pues, por esta actitud esencial de servicio al Pueblo de Dios (cf. Mt 20, 24 ss., Mc 10, 43-44), ajena a toda presunción y a todo deseo de «tiranizar» la grey confiada (cf. 1 Pe 5, 2-3). Un servicio llevado como Dios espera y con buen espíritu. De este modo los ministros, los "ancianos" de la comunidad, o sea, los presbíteros, podrán ser «modelo» de la grey del Señor que, a su vez, está llamada a asumir ante el mundo entero esta actitud sacerdotal de servicio a la plenitud de la vida del hombre y a su liberación integral». Ex. Ap. *Pastores dabo vobis*, n. 21.

2. El Papa Juan Pablo II, hablando de su oficio de sucesor de Pedro y de la potestad aneja a este oficio, se expresaba en los siguientes términos en un momento solemne de su pontificado:

2. El Espíritu de servicio en el contexto de la Iglesia como Comunión

En todos los documentos del Concilio se encuentran de un modo u otro manifestaciones de ese espíritu de servicio al que se acaba de aludir; bien pudiera ser considerado como una verdadera característica del llamado «espíritu conciliar». Pero es en la Constitución *Lumen Gentium*, a partir de la autorreflexión que la Iglesia hace para enseñar cómo se concibe a sí misma, donde podemos encontrar los textos básicos y las ideas principales que desarrollan lo que puede considerarse una verdadera característica de la Iglesia –y no sólo del gobierno Eclesiástico–. Sin ánimo de ser exhaustivo, sino sólo para ofrecer algunos puntos de reflexión que puedan servir de marco a las demás ponencias del Simposio para abordar las consecuencias canónicas, me referiré a continuación a algunos de esos pasajes de la Constitución Dogmática del Concilio.

El fundamento Cristológico del espíritu de servicio se encuentra ya al comienzo de la Constitución en su n. 1, al concebir a Cristo como luz de los pueblos, cuyo resplandor debe brillar sobre la faz de la Iglesia. Si Cristo ha venido para servir, también la Iglesia deberá manifestar ese rostro de Cristo no sólo en su vida interior –aunque sí, sobre todo en su vida interior– sino también en su vida externa y en sus instituciones. Pues la Iglesia es concebida desde el principio como el Sacramento de la unión de los hombres con Dios y de la unidad de todo el género humano, como el signo e instrumento de esa Comunión. El Espíritu de Cristo que inspira a la Iglesia desde dentro ha de manifestarse también en sus estructuras visibles y en su organización exterior. La Iglesia es Sacramento de Comunión y, en cuanto tal, dotada de una dimensión interna y externa que son en sí mismas inseparables e indivisibles.

«El Concilio Vaticano II nos ha recordado el misterio de esta potestad (la suprema potestad de mismo Cristo) y el hecho de que la misión de Cristo –Sacerdote, Profeta, Maestro, Rey– continúa en la Iglesia. Todos, todo el Pueblo de Dios participa de esta triple misión y quizá en el pasado se colocaba sobre la Cabeza del Papa la tiara, esa triple corona, para expresar, por medio de tal símbolo, el designio del Señor sobre su Iglesia, es decir, que todo el orden jerárquico de la Iglesia de Cristo, toda su «sagrada potestad» ejercitada en ella no es otra cosa que el servicio, servicio que tiene un objetivo único: que todo el Pueblo de Dios participe en esta triple misión de Cristo y permanezca siempre bajo la potestad del Señor, la cual tiene su origen no en los poderes de este mundo, sino en el Padre celestial y en el misterio de la cruz y de la resurrección.

La potestad absoluta y también dulce y suave del Señor responde a lo más profundo del hombre, a sus más elevadas aspiraciones de la inteligencia, de la voluntad y del corazón. Esta potestad no habla con un lenguaje de fuerza sino que se expresa en la caridad y la verdad.

El nuevo Sucesor de Pedro en la Sede de Roma eleva hoy una oración fervorosa, humilde y confiada: ¡Oh Cristo! ¡Haz que yo me convierta en servidor, y lo sea de tu única potestad! ¡Servidor de tu dulce potestad! ¡Servidor de tu potestad que no conoce ocaso! ¡Haz que yo sea un siervo! Más aún, siervo de tus siervos». *Homilía en la Misa de inauguración oficial del Pontificado*, 22.X.1978. AAS 70 (1978) 946-947.

Es bien conocida la riqueza semántica del término «Comunión». No es el momento de analizar sus múltiples significados. Pero me interesa subrayar uno de ellos que tiene que ver directamente con el objeto de mi ponencia y que conecta con uno de los significados etimológicos del término latino *Communio*, que es el resultado, como se sabe, de la unión de la partícula cum con el sustantivo *munus*. Antes me he referido a los *Tria munera Christi* y ahora quisiera recordar que el término *munus* significa el servicio, función o encargo que se desempeña por quien lo ejerce. Por eso el término *communio* hace referencia a una comunidad o sociedad de personas que participan todas ellas de unos servicios, encargos y misiones comunes; a la coparticipación en unas actividades al servicio de un mismo bien común, en la que cada uno de los comuneros presta una serie de servicios que contribuyen al bien colectivo.

Aunque el término *communio* aplicado a la Iglesia rebasa este significado y no se agota en él, me parece que no puede decirse que sea ajeno a él[3]. La Iglesia es, en efecto, el Cuerpo de Cristo, modo de sistematizar, como es sabido, los oficios y funciones que Cristo desempeña en favor de su Cuerpo Místico. De este triple *munus* participa también la Iglesia y cada uno de los fieles cristianos, a su manera. Por medio del Bautismo, todos los fieles participan de esa triple misión de Cristo al servicio de la Iglesia y del mundo. Por medio del Sacramento del Orden, algunos fieles son destinados a participar de esos tres oficios en el Nombre y en la Potestad de Cristo Cabeza. La Iglesia aparece así como una «comunidad» en la que todos sus miembros se prestan recíprocos servicios en la unidad de un mismo Cuerpo[4]. Se trata, como es sabido, de una comunión orgánica y jerárqui-

3. Así parece considerarlo el Card. Wojtyla, quien sitúa el tema de la autoridad en la Iglesia como servicio en el contexto más amplio de la Iglesia como *communio*, en la que «todos se orientan a un servicio mutuo»:

«Hemos puesto ya suficientemente de relieve el vínculo que el Magisterio conciliar descubre entre la comunidad del Pueblo de Dios y el sentido de servicio de la autoridad en la Iglesia: entre la *Koinonía* y la *diakonía*. Este vínculo aparece con toda claridad a la luz de la *communio* que constituye una realidad más fundamental aún y une más directamente la persona a la Comunidad. Naturalmente, este vínculo es, a la vez, el ideal y la norma de realización, y no solamente una simple realidad que está en vías de realización. Sin embargo, en esta imagen global dominada por la *communio*, como vínculo propio del Pueblo de Dios, la *diakonia* jerárquica halla fácilmente su puesto: si todos se orientan a un servicio mutuo, a la entrega que enriquece recíprocamente, entonces, obviamente, la autoridad, la jerarquía se presenta de modo muy simple como "ministerio", es decir, «servicio». Esto no significa que el Concilio renuncie a subrayar el carácter jerárquico de la autoridad en la Iglesia, pues sin él no habría potestad. La autoridad jerárquica, por el contrario, es necesaria en orden al propio servicio». WOJTYLA, K., *La renovación en sus fuentes. Sobre la aplicación del Concilio Vaticano II*, Madrid 1982, 122.

4. En este sentido la Iglesia es *communio* en la que el intercambio mutuo de servicios (*munera*) se produce tanto por parte de la Cabeza –quienes actúan *in persona Christi Capitis*– como por parte de los miembros –los demás fieles–.

ca puesto que, como estamos diciendo, no todos los miembros de ese cuerpo o de esa *communio* desempeñan las mismas funciones o los mismos servicios. Pero hay entre todos una unidad que deriva precisamente de su participación en los *Tria munera Christi*. Así lo pone de manifiesto *Lumen Gentium*, n. 7 al referirse a la imagen paulina de la Iglesia como Cuerpo de Cristo: «Él mismo conforta constantemente su Cuerpo, que es la Iglesia, con los dones de los ministerios, por los cuales, con la virtud derivada de El, nos prestamos mutuamente los servicios para la salvación…».

3. El sacerdocio ministerial como servicio al sacerdocio común de los fieles

El concepto de comunión se convierte así en el contexto adecuado para entender el significado que el espíritu de servicio tiene en la Iglesia y para cada uno de sus miembros. El tema continúa desarrollándose en el capítulo II de la Constitución Lumen Gentium, en la que la Iglesia aparece como Pueblo de Dios. Bajo esta imagen, como es sabido, se integran los aspectos comunitarios y jerárquicos de la Iglesia, la *communio fidelium* y la *communio hierarchica*. En el n. 10 de este capítulo se trata de un aspecto central de la constitución de la Iglesia: la participación de todos los fieles y la participación de la jerarquía en el sacerdocio de Cristo, las relaciones entre el sacerdocio común y el sacerdocio ministerial. En él se afirma que ambos modos de participar en el Sacerdocio de Cristo están mutuamente ordenados y se subraya el carácter ministerial, es decir, de servicio que tiene el sacerdocio jerárquico[5]. Y en este contexto, se habla por primera vez de la *sacra potestas*, es decir, de aquella potestad de que goza el sacerdocio ministerial, por medio de la cual «forma y dirige al pueblo sacerdotal, confecciona el sacrificio eucarístico en la persona de Cristo y lo ofrece en nombre de todo el pueblo a Dios». Si el Pueblo de Dios es esencialmente un pueblo sacerdotal, como señala el texto, la sagrada potestad es concebida como *el instrumento al servicio de ese pueblo* para formarlo y dirigirlo (mediante el *munus docendi et regendi*) y para ofrecer el sacrificio eucarístico en la persona de Cristo (mediante el

5. Tratando de esa relación entre sacerdocio común y sacerdocio jerárquico, Juan Pablo II afirma: «Esta relación corresponde a la estructura comunitaria de la Iglesia. El sacerdocio no es una institución que existe «junto» al laicado o bien «por encima» del mismo. El sacerdocio de los Obispos y de los presbíteros, igual que el ministerio de los diáconos, es «para» los laicos y, precisamente por esto, posee su carácter «ministerial», es decir, «de servicio». Este, además, hace resaltar también el mismo «sacerdocio bautismal», es decir, el sacerdocio común de todos los fieles: lo hace resaltar y al mismo tiempo ayuda a que se realice en la vida sacramental». *Carta a los sacerdotes con ocasión del Jueves Santo*, 12.IV.1990.

munus sanctificandi). El sacerdocio jerárquico aparece aquí como un sacerdocio ministerial, como un servicio o ministerio, y la *sacra potestas* es el medio del que se vale para servir a ese pueblo sacerdotal[6].

Pero el espíritu de servicio es común a toda la Iglesia y ha de ser ejercido por todos los fieles, no solo aquellos que han recibido los dones jerárquicos sino también aquellos fieles de cualquier condición que reciben gracias especiales, los dones carismáticos para utilidad de la Iglesia. El sentido de los carismas a que se refiere el n. 12 del Capítulo II de *Lumen Gentium* es inequívoco: el Espíritu Santo «distribuyendo a cada uno según quiere (I Cor 12, 11) sus dones, los hace aptos y prontos para ejercer las diversas obras y deberes que sean útiles para la renovación y la mayor edificación de la Iglesia, según aquellas palabras: A cada uno se le otorga la manifestación del Espíritu para común utilidad (I Cor 12,7)». La Iglesia es *communio fidelium* y los carismas que se otorgan a los fieles «deben ser recibidos con gratitud y consuelo, porque son muy adecuados y útiles a las necesidades de la Iglesia».

4. El significado de servicio de la «Sacra potestas»

El capítulo III de la Constitución *Lumen Gentium*, dedicado a la Constitución jerárquica de la Iglesia, es el que desarrolla de una manera más orgánica y explícita el tema propio de esta ponencia: el sentido de la *sacra potestas* como ministerio y como servicio a los fieles. Es muy significativo que ya el n. 18, que hace de proemio a ese capítulo, comience tratando directamente la cuestión que nos ocupa, estableciendo como el marco general de cualquier otro planteamiento más específico del tema. En el párrafo introductorio de este número se trata de los diversos ministerios existentes en la Iglesia y de los ministros sagrados en general, sin referencia alguna a los grados del sacramento del Orden. Se habla, por tanto, de la Jerarquía de la Iglesia y del significado de la potestad sagrada que posee cualquiera que haya recibido la Sagrada Ordenación. Vale la pena reconsiderar de nuevo el sentido del texto, que dice así:

«Cristo el Señor, para apacentar al Pueblo de Dios y hacerlo progresar siempre, instituyó en su Iglesia diversos ministerios que están ordenados al bien de

6. Aludiendo al significado etimológico del término «jerarquía», que guarda una estrecha relación con el de «sacra potestas», Juan Pablo II se ha referido también a su significado de servicio en la Iglesia: «En la Constitución dogmática *Lumen Gentium*, el Concilio Vaticano II ha recordado la diferencia que hay entre el sacerdocio común de todos los bautizados, y el sacerdocio que se recibe con el Sacramento del Orden. El Concilio llama a este último «sacerdocio ministerial», lo cual designa a la vez «oficio» y «servicio»; y es también «jerárquico», en el sentido de servicio sagrado. En efecto, «jerarquía» significa gobierno sagrado, que en la Iglesia es servicio». *Carta a los sacerdotes con ocasión del Jueves Santo*, 12.III.89.

todo el Cuerpo. En efecto, los ministros que poseen la sagrada potestad están al servicio de sus hermanos para que todos los que son miembros del Pueblo de Dios y tienen, por tanto, la verdadera dignidad de cristianos, aspirando al mismo fin, en libertad y orden, lleguen a la salvación».

El texto comienza refiriéndose a la fundación de la Iglesia por Cristo y a lo que, en lenguaje Canónico, podríamos llamar el *Ius Divinum*: la institución por Cristo de diversos ministerios al servicio de su Cuerpo. Se trata de ministerios con una finalidad pastoral y de gobierno, «para apacentar al Pueblo de Dios y hacerlo progresar siempre».

El siguiente párrafo del texto aludido designa como «ministros», en coherencia con su función de servicio, a los sujetos encargados de esos ministerios; y explica que para ello han sido dotados de una potestad sagrada que deben poner al servicio de sus hermanos, es decir, de «todos los que son miembros del Pueblo de Dios». Se está aludiendo, por tanto, a la Jerarquía de la Iglesia –que en los números posteriores de este capítulo va a ser desglosada según los tres grados del Sacramento del Orden: Obispos, Presbíteros y Diáconos– y a la comunidad de los fieles.

La *sacra potestas* aparece con claridad como el instrumento que ha sido dado a la Jerarquía para el ejercicio de su función o ministerio. Y con no menor claridad se afirma la finalidad de servicio que da sentido a la *sacra potestas*. Y este servicio se pone en relación directa con la finalidad última de la Iglesia, la *salus animarum*, pues lo que se pretende es que de este modo todos los fieles «lleguen a la salvación»[7].

Finalmente, se alude a la «dignidad» propia de los fieles cristianos, basada en el Bautismo, que pone una serie de condiciones para que sea legítimo el ejercicio de la potestad: debe respetar la «libertad» de los fieles y ha de dirigirlos «ordenadamente» hacia su fin.

Considero el texto que se acaba de comentar como uno de los textos claves del Concilio en relación con el tema que nos ocupa. El sentido y finalidad de la *sacra potestas* es ya situado en su justa perspectiva, en el lugar en que debía hacerse y en el momento adecuado –al comienzo del capítulo clave sobre la Constitución Jerárquica de la Iglesia–, de manera que las frecuentes ocasiones

7. «Queda fuera de duda que la función pastoral exige el ejercicio de una autoridad: el pastor es jefe, guía, maestro; pero inmediatamente viene una segunda exigencia, y es la del servicio. La autoridad, en el pensamiento de Cristo, no está para beneficio de quien la ejercita, sino en provecho de aquellos a quienes se dirige. La autoridad es un deber y, sobre todo, es un ministerio para los otros, a fin de conducirlos a la vida eterna». Juan Pablo II, *Alocución al presbiterio y religiosos de las diócesis de Todi y Orvieto (Italia),* 22.XI.1981, en *Enseñanzas al Pueblo de Dios,* 1978-1981, Città del Vaticano– Madrid 1979-1983, 432.

en que los diversos textos del Concilio vuelven sobre el tema no serán más que los desarrollos orgánicos que expliciten en sus numerosos detalles la densidad de este texto.

5. El ministerio episcopal y la «Sacra potestas»

Ya he dicho antes que se trataba de escoger solo algunos textos como ejemplos. Por la importancia que tiene como grado supremo del sacramento del Orden, quizá vale la pena espigar algún texto más referido al Episcopado. En este sentido, es también particularmente significativo el n. 24 del Capítulo III de *Lumen Gentium* que trata sobre el ministerio de los Obispos. El texto se refiere a la misión de los Obispos, como Sucesores de los Apóstoles, misión que se desglosa en el triple *munus* que el mismo Cristo les encomienda como mandato suyo, y para cuyo ejercicio los hace partícipes de su potestad, de esa potestad plena sobre los cielos y sobre la tierra de la que Cristo se sabía portador. Esa misión o *munus* de los Obispos en que se resume todo su trabajo pastoral es designada por el Concilio como diaconía o ministerio, usando el apelativo tomado de la Sagrada Escritura. Quisiera subrayar las relaciones que se establecen en este texto entre los términos *potestas*, *munus* y *ministerium*, para referirse a la tarea pastoral que los Obispos desempeñan en la Iglesia, como sucesores de los Apóstoles, tarea que el texto conciliar considera sobre todo como «un verdadero servicio» [8].

Así dice el texto del Concilio: «Los Obispos como sucesores de los Apóstoles, reciben del Señor, al que se le ha dado todo poder (*potestas*) en el cielo y en la tierra, la misión de enseñar a todos los pueblos y predicar el Evangelio a todo el mundo para que todos los hombres, por la fe, el bautismo y el cumplimiento de los mandamientos consigan la salvación (cf. Mt 28, 18; Mc 16, 15-16; Hech 26, 17 s.)… Esta función (*munus*), que el Señor confió a los pastores de su pueblo, es un verdadero servicio que en la Escritura recibe significativamente el nombre de *diaconía* o *ministerio* (*ministerium*) (cf. Hech 1, 17 y 25; 21, 19; Rom 11, 13; 1 Tim 1, 12)».

Otro texto importante y clave del Concilio en relación con el tema que estamos desarrollando es el n. 27 de *Lumen Gentium*. Está dedicado al *munus regendi* de los Obispos y es puesto en relación muy directamente con las tareas de gobierno en la Iglesia. Se trata de un texto bien conocido que no se pretende co-

8. Const. Ap. *Pastor Bonus*, n. 2 b, AAS 80 (1988) 841-912. La Constitución Apostólica *Pastor Bonus* se refiere también a este aspecto de la potestad de los Obispos en los siguientes términos: «La potestad y autoridad de los Obispos lleva consigo la nota de diaconía, acomodada al ejemplo del mismo Cristo, que "no vino para que se le sirviera, sino para servir y dar su vida en redención por muchos" (Mc. 10, 45). Así pues, la potestad que existe en la Iglesia ha de entenderse y ejercerse sobre todo según la pauta del servicio, de tal modo que esta autoridad tenga ante todo carácter pastoral».

mentar ahora en toda su densidad. Pero me gustaría subrayar algunos aspectos en relación con nuestro tema. Ante todo, el desglose que se hace de las tareas del gobierno Eclesiástico, en el que no todas ellas aparecen como ejercicio propiamente dicho de potestad sino agrupadas en diversas facetas que se describen como «consejos, exhortaciones y ejemplos», pero también «autoridad y sagrada potestad». Es un uso restrictivo del término *sacra potestas* que en las tareas de gobierno parece reservarse para aquellas que cumplen solo determinados requisitos, pero no para aquellas otras que caen más bien dentro del ámbito de la cura pastoral de los fieles[9]. Sin embargo, y esto lo quiero especialmente subrayar, todas ellas tienen un común denominador, y es que ha de ejercerse «para edificar el rebaño en la verdad y santidad, recordando que el mayor debe hacerse como el menor y el superior como el servidor», y cita el famoso texto del Evangelio de Lucas en el que el Señor enseña a sus Apóstoles sobre cómo deben desempeñar las funciones de gobierno (cf. Lc 22, 26-27).

Por otra parte, aunque el texto conciliar deja claro que la potestad episcopal –la *sacra potestas* de la que se está hablando– es propia, ordinaria e inmediata y desempeñada personalmente en nombre de Cristo, la distingue luego de su *ejercicio* para afirmar que «está regulado en último término por la suprema autoridad de la Iglesia». Pero, ¿con qué criterio debe establecerse esta regulación? Está claro que no puede ser arbitrario. La suprema autoridad de la Iglesia «puede ponerle ciertos límites» a ese ejercicio «con vistas a la utilidad de la Iglesia o de los fieles». De nuevo aparece aquí la utilidad y el servicio a los fieles como criterio regulador en el ejercicio de la potestad, como la perspectiva adecuada a la hora de ejercer la *sacra potestas* para no incurrir en el abuso de poder. Si la potestad ha de ejercerse mirando a la *utilitas fidelium*, el uso contrario a esa utilidad sería evidentemente un *abuso*.

Finalmente, en este mismo texto al que me estoy refiriendo, el Concilio explicita algunas tareas o funciones de gobierno que considera propias y específicas de lo que se entiende por potestad y que pueden diferenciarse de aquellas otras

9. Como es sabido, la potestad de gobierno en la Iglesia (*potestas regiminis*) no es mera *iurisdictio*, sino también una potestad pastoral y ministerial al servicio de la *communio* eclesiástica. No en vano se trata de aquella potestad que ha sido entregada a la Iglesia por Cristo «para el cual servir es reinar», *servire regnare est* (*Lumen Gentium*, n. 36). En este sentido, es también muy significativo el uso del término *potestas regiminis* en lugar de *potestas iurisdictionis* por el Código de Derecho Canónico (c. 129 § 1).

No obstante, la *potestas regiminis* es también *iurisdictio* y por eso puede llevar consigo penas y sanciones, procesos judiciales y procedimientos administrativos. A la vez que algunas de estas exigencias jurídicas de la *iurisdictio* pueden tener un carácter subsidiario para el derecho canónico (vid. Por ejemplo, cánones 1317, 1341, 1446, 1676, 1733, etc.).

que, estando comprendidas dentro del amplio campo del *munus regendi*, no son propiamente ejercicio de potestad. «En virtud de esta potestad, se afirma, los Obispos tienen el sagrado Derecho y el deber ante Dios de dar leyes a sus súbditos, de juzgarlos y de regular todo lo referente al culto y al apostolado». El interés de este texto reside, como se sabe, no solo en que se identifican las tareas que son propias de la potestad en la Iglesia, sino también en que se encuentra en él una incipiente distinción entre las diversas funciones que se atribuyen a la potestad en sentido jurídico, es decir, las funciones legislativa, judicial y administrativa o ejecutiva (siguiendo la secuencia del texto citado). La cuestión es importante también desde el punto de vista del servicio a los fieles, puesto que la protección de los derechos de los fieles está muy relacionada con una adecuada distinción y ordenación de las funciones propias de la potestad.

Esta última afirmación nos permite conectar con otros textos del Concilio a los que queremos referirnos y que se hallan situados en el capítulo IV de la Constitución *Lumen Gentium* dedicado a los fieles laicos.

6. La participación de los fieles en los «Tria munera Christi» al servicio de la Iglesia

El capítulo comienza haciendo un reconocimiento del *carácter activo* de la vocación laical y recordando a «los Pastores que no han sido instituidos por Cristo para asumir por sí solos toda la misión salvífica de la Iglesia en el mundo» (n. 30). A continuación, se refiere a esa dimensión de la Iglesia como comunión a la que se aludió al principio, en virtud de la cual todos sus miembros están llamados a prestarse servicios recíprocos en favor de todo el Cuerpo. Por eso los Pastores son los primeros que deben saber «que su eminente función consiste en apacentar a los fieles y reconocer sus servicios y carismas de tal suerte que todos, a su modo, cooperen unánimemente en la obra común» (Ibid.).

La cuestión se reitera continuamente, pues dos números más adelante, en el n. 32, el texto se vuelve a referir a esa solidaridad mutua –*coniunctio*, en la terminología conciliar–, «ya que los Pastores y los demás fieles están vinculados entre sí por recíproca necesidad». Y de nuevo se hace una llamada a los Pastores para que «siguiendo el ejemplo del Señor, se pongan al servicio los unos de los otros y al de los restantes fieles»; al mismo tiempo que también se exhorta a éstos para que «a su vez, asocien gustosamente su trabajo al de los Pastores y doctores»…

La razón es siempre la misma: la Iglesia es la comunión del Cuerpo de Cristo, «pues la misma diversidad de gracias, servicios y funciones congrega en la unidad a los hijos de Dios». Es también una consecuencia de la igualdad, que lo

es no solo en relación a la dignidad, sino también «a la acción común a todos los fieles en orden a la edificación del Cuerpo de Cristo» (*Lumen Gentium*, n. 32)[10].

La condición activa de los laicos –y del resto de los fieles– es afirmada netamente por el Concilio en numerosas ocasiones, como es sabido, pero de un modo muy significativo en el n. 31 del Capítulo, cuando se describe qué se entiende por laicos. Ahí se pone en relación la vocación de todos los fieles, y de los laicos en particular, con los *tria munera* Christi. Los laicos son «los fieles que, en cuanto incorporados a Cristo por el Bautismo, integrados en el Pueblo de Dios y hechos partícipes a su modo de la función sacerdotal, profética y real de Cristo, ejercen en la Iglesia y en el mundo la misión de todo el pueblo cristiano en la parte que a ellos corresponde». La prueba de que este texto se refiere a todos los fieles, y no solamente a los laicos, es que ha sido recogido literalmente por el c. 204 del Código de Derecho Canónico para hablar de quiénes son fieles cristianos, con un leve retoque que no afecta a lo que estoy pretendiendo subrayar, es decir, a la condición activa del fiel puesta en relación con su participación en los *tria munera Christi*, el triple *munus* mediante el cual todo los fieles prestan recíprocamente servicios a la Comunión.

7. La «Sacra potestas» y el estatuto jurídico de los fieles y de los laicos

Después de hablar específicamente de cómo se produce esa participación de los fieles laicos en cada uno de los *munera Christi*, en el n. 37 se extraen algunas consecuencias concretas de las relaciones que deben existir entre Jerarquía y laicado. Es una de esas ocasiones en que la Constitución *Lumen Gentium* adopta una terminología propiamente jurídica, para formalizar esas relaciones en términos de Derecho y obligaciones. De manera que algunos párrafos de este número han pasado casi literalmente al Código de Derecho Canónico, en la parte correspondiente al estatuto jurídico de los fieles donde se definen sus obligaciones y derechos. Al cerrar este capítulo IV de *Lumen Gentium* parece como si el Concilio hubiera querido manifestar que una de las maneras más claras de *concretar el servicio* mutuo que los fieles se prestan entre sí, y el que han de prestarse también mutuamente Pastores y fieles, consiste en *una declaración de las obligaciones y* correspondientes que de ello derivan.

Para ello se comienza con la declaración de un *derecho fundamental* de todos los fieles cristianos que está en directa relación con la *sacra potestas* de los

10. Es interesante tener presente que el principio de igualdad y el principio jerárquico son complementarios, entre otras cosas porque su sentido es el servicio a la comunión.

Pastores: «el Derecho de recibir con abundancia de los Sagrados Pastores los auxilios de los bienes espirituales de la Iglesia, en particular la Palabra de Dios y los Sacramentos» (n. 37). Este Derecho es tan fundamental que, de alguna manera, comprende a todos los demás derechos de los fieles, y no en vano en el derogado Código de 1917 era el único Derecho de los fieles que se recogía explícitamente.

Se trata de un Derecho en directa relación con la *sacra potestas* de los Pastores, y en particular con el ejercicio del *munus docendi et sanctificandi*. Puede decirse que el servicio más importante que la *sacra potestas* ha de prestar a los fieles es el que se refiere a la satisfacción de ese Derecho. Y, por cierto, no de cualquier manera sino *abundanter*, de un modo abundante. Está claro que el cauce ordinario para que llegue a todos los fieles la Gracia de Dios, y con ella lo que necesitan para su vida cristiana, es la Palabra de Dios y los Sacramentos. Si el sentido de la *sacra potestas* es el servicio a los fieles, este servicio de la Palabra y los Sacramentos tiene un carácter fundamental y prioritario a cualquier otro, y deberá manifestarse en toda la organización eclesiástica y en la Pastoral de la Iglesia.

Así lo ha entendido el legislador Canónico, que vuelve a recoger este Derecho en el c. 213 del Código actual, y desarrolla también en los libros tercero y cuarto del Código algunas de las consecuencias jurídicas más importantes derivadas del ejercicio del *munus docendi* y del *munus sanctificandi* por parte de los Pastores de la Iglesia. La doctrina canónica más sensible a los derechos de los fieles ha sabido interpretar ya en esta clave esos libros del Código, que no pueden ser entendidos como una mera *disciplina de la Palabra y de los Sacramentos* –o del culto divino en general–.

En la misma línea del servicio que los Pastores deben prestar a todos los fieles y a los laicos en particular, este mismo n. 37 de *Lumen Gentium* al que nos estamos refiriendo establece una serie de *principios generales de gobierno Eclesiástico* destinados a informar cualquier acción de ese gobierno y a convertirse también en norma jurídica reguladora de la acción pastoral: «Los sagrados Pastores, se afirma, han de reconocer la dignidad y la responsabilidad de los laicos en la Iglesia». Es la dignidad y libertad propia de los hijos de Dios, en la que se fundamenta la personalidad y capacidad jurídica de los fieles y de la que derivan determinados derechos y obligaciones.

«Deben servirse de buena gana de sus prudentes consejos, continúa el texto, y encargarles con confianza algunas tareas al servicio de la Iglesia, dejándoles libertad y campo para actuar e incluso animarles para que también tomen iniciativas espontáneamente». Se abre aquí un amplio abanico de posibilidades para los fieles como son:

a) «Derecho, e incluso algunas veces el deber, de expresar sus opiniones sobre lo que se refiere al bien de la Iglesia», cosa que a veces deberá facilitarse «a través de los organismos establecidos para esto por la Iglesia»;

b) la capacidad de los laicos que sean considerados idóneos para ser llamados por los Pastores para aquellos oficios Eclesiásticos y encargos que pueden cumplir según la prescripciones del Derecho (c. 228 § 1), a la vez que su capacidad para ayudar como peritos y consejeros a los Pastores de la Iglesia, formando parte también de consejos instituidos conforme al Derecho (c. 228 § 2);

c) se abre sobre todo, el inmenso campo de iniciativas apostólicas que los fieles pueden promover libremente, individualmente o asociados, y acogiéndose también al Derecho de reunión o de asociación (c. 215) o al cauce que para promover y sostener ese tipo de acción apostólica pueden prestar las fundaciones canónicas (c. 216, en relación con el c. 116)[11].

8. La legítima libertad en el ámbito temporal

Por último, no menor interés tiene el texto conciliar, también incluido en el n. 37 de *Lumen Gentium*, que exhorta a los Pastores a «reconocer respetuosamente la legítima libertad a la que todos tienen Derecho en la ciudad terrena», de la que se ha hecho eco el c. 227 del Código de Derecho Canónico. Se trata de un límite claro a la *sacra potestas* como consecuencia de la autonomía propia del orden temporal que el Concilio ha precisado. Aunque se trata de una libertad que corresponde a todos los fieles, tiene particular interés que sea reconocida a los laicos pues éstos son los que están llamados por la propia vocación a tratar y ordenar según Dios los asuntos temporales. Al reconocer este Derecho a los laicos, la Autoridad de la Iglesia renuncia, como es sabido, a un ejercicio de su potestad de gobierno que vaya más allá del orden espiritual o propiamente Eclesiástico.

11. Conviene recordar aquí de nuevo cuál es la perspectiva desde la que debe contemplarse la relación entre los sujetos de la *sacra potestas* y el resto de los fieles. Desde la perspectiva de la Iglesia concebida como comunión, con el consiguiente intercambio recíproco de servicios que deben prestarse unos miembros a otros en el seno del Cuerpo Místico de Cristo, la potestad ejercitada *in persona Christi Capitis* sólo puede ser considerada como el instrumento para ese servicio que la cabeza presta a los miembros. Este es el sentido de todos los oficios (*munera*) eclesiásticos, a través de los cuales se delimita el ámbito de ejercicio de esa potestad.

Pero también los *munera* y *officia* que son propios de los fieles o de los laicos (véanse, por ejemplo, cánones 208, 209, 211, 212, 225, 228, 230, 231, etc.) tienen un carácter de servicio que están llamados a cumplir como miembros de la Iglesia. Para ello se les reconocen derechos, poderes o facultades que son más bien derechos y poderes–función. El sentido de los derechos de los fieles no es la reivindicación de intereses particulares, que atentaría a la comunión con la Iglesia –canon 209–, sino el servicio a la Iglesia misma.

Solo se reserva su Derecho a dar su *juicio moral* sobre el orden temporal cuando ello sea exigido por los derechos fundamentales de la persona o la salvación de las almas (*Gaudium et spes*, n. 76).

Junto a la distinción de funciones de la potestad[12] y junto a la declaración de los derechos y obligaciones de los fieles[13], esta delimitación del ámbito de competencias de la potestad de la Iglesia respecto al orden político puede considerarse uno de los principios jurídicos más importantes que han de ser tenidos en cuenta a la hora de estudiar y analizar las relaciones entre la *sacra potestas* y el servicio a los fieles. La promoción de la dignidad y libertad de los fieles pasa sin duda por un escrupuloso respeto a su autonomía en el ámbito temporal. Esta autonomía solo será legítima si, a su vez, los fieles cuidan de que sus acciones estén inspiradas por el espíritu evangélico y prestan atención a la doctrina propuesta por el magisterio de la Iglesia, evitando presentar como doctrina de la Iglesia lo que es su propio criterio en materias opinables[14].

9. Conclusión

El tema que se me propuso desarrollar en este Simposio era la *sacra potestas* y el servicio a los fieles en el Vaticano II. Al acabar mi exposición, soy consciente de que solo he tenido tiempo de esbozar algunos aspectos de las manifestaciones que las relaciones entre la *sacra potestas* y el servicio a los fieles tienen en la doctrina conciliar. Para ello me he detenido exclusivamente en algunos textos del documento más importante del Concilio a estos efectos, la Constitución Dogmática *Lumen Gentium* sobre la Iglesia. El desarrollo orgánico de estas manifestaciones se encuentra en los demás textos y documentos del Vaticano II, en particular en aquellos que conectan con la temática de *Lumen Gentium* sobre la estructura y misión de la Iglesia, sobre el ejercicio del ministerio Eclesiástico y sobre la actividad de las diversas categorías de fieles (Obispos, presbíteros, religiosos, laicos, etc.). Dado el tiempo disponible, no era posible abordar otras cuestiones de detalle.

Por otra parte, el espíritu de servicio propugnado por el Concilio no se reduce solo a unas directivas espirituales y morales, con ser éstas tan importantes, sino que también debe manifestarse en una serie de consecuencias jurídicas. El

12. Recogida como principio en el c. 135 del CIC.
13. Recogida en los cc. 208-223 para todos los fieles y en los cc. 224-231 para los laicos.
14. Así se recoge en el c. 227, que se hace eco del principio de la autonomía del orden temporal, configurándolo jurídicamente como un derecho de los laicos.

desarrollo orgánico de este tema en su dimensión jurídica se encuentra, como es lógico, en los textos legislativos y, en particular, en el Código de Derecho Canónico. El Programa de este Simposio ha previsto que las restantes ponencias que sigan a la que se me ha asignado traten de algunas de esas consecuencias jurídicas en los diversos Sectores del Ordenamiento Canónico. Remito, pues a las siguiente ponencias y a sus ponentes respectivos el necesario desarrollo Canónico de estas cuestiones.

2

LA CONSTITUCIÓN JERÁRQUICA DE LA IGLESIA Y LA SISTEMÁTICA DEL CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO*

Sumario: 1. Introducción. 2. Elemento comunitario y elemento jerárquico en la constitución de la Iglesia. Su reflejo en el sistema del código. 3. La «*communio fidelium*» y la «*communio hierarchica*» en la estructura Constitucional de la Iglesia. 4. La «*communio ecclesiarum*»: la dimensión universal y particular de la Iglesia. 5. La mutua implicación entre la Iglesia universal y las Iglesias particulares. Eucaristía, episcopado y primado. 6. Criterios sistemáticos diferentes que se encuentran en las dos secciones de que consta la II parte del libro II del código de Derecho Canónico. 7. La dificultad para distinguir sistemáticamente los diferentes aspectos en que se estructura la «*communio*» en cuanto «*communio fidelium*, *communio hierarchica* y *communio ecclesiarum*». 8. El criterio territorial como regla general en la determinación de las estructuras eclesiásticas. 9. Conclusión.

1. Introducción

Transcurridos ya diez años desde la promulgación del Código de Derecho Canónico por el Papa Juan Pablo II mediante la Constitución Apostólica *Sacræ disciplinæ leges* de 25 de enero de 1983, parece una buena ocasión para dedicar este estudio a un tema que estuvo muy presente en los trabajos que la Comisión de reforma llevó a cabo para modificar el ya derogado Código de 1917. Me refiero a los nuevos criterios sistemáticos utilizados en el Código vigente y al nuevo planteamiento que de ahí ha derivado en relación con las materias que han sido objeto de su regulación. Aunque estos criterios han perfeccionado notablemente la sistemática del Código de 1917, cabe siempre seguir profundizando en esta cuestión a fin de conocer mejor cuáles han sido esos criterios, y en qué medida son todavía susceptibles de mejora para contribuir así a una más adecuada y correcta interpretación y aplicación del Código.

(*) Publicado en AA.VV., *Ius in vita et in missione Ecclesiae,* Librería Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1994, 219-229.

En las páginas siguientes no voy a referirme a las diversas cuestiones que plantea la sistemática del Código en general[1]. Me propongo considerar solamente lo referente a la Constitución jerárquica de la Iglesia y el lugar que ocupan las estructuras jerárquicas correspondientes. Me ocuparé, por tanto, de la Parte segunda del Libro II.

1. Como es sabido, la cuestión de la sistemática del Código ocupó ya a la doctrina durante la vigencia del Código de 1917. Muchos canonistas expresaron su opinión crítica respecto a una sistemática que se basa en los esquemas del Derecho privado romano, atendiendo a la tripartición gayana en *personas*, *res*, *actiones*. Especialmente en las últimas décadas de la vigencia del viejo Código se hicieron diferentes propuestas por parte de la doctrina en orden a una adaptación de esa sistemática con criterios más congruentes con la naturaleza del Derecho Canónico. Sin embargo, tampoco se produjo un claro consenso doctrinal sobre esta cuestión, lo cual daba a entender que no es fácil encontrar criterios compartidos por todos y que al final la decisión ha de corresponder a la discrecionalidad del legislador.

Por otra parte, al valorar la importancia misma de la sistemática del Código, se pueden encontrar diferentes actitudes entre los autores. Algunas pueden reflejar diversos planteamientos de Escuela, y otras incluso talantes jurídicos diferentes que se corresponden con los dos grandes sistemas jurídicos a los que pertenecen: el sistema continental europeo o el sistema angloamericano del «Common Law».

Los autores que se mueven en el ámbito del «Common Law» no suelen dar demasiada importancia a la ordenación lógica de las normas y prefieren los criterios prácticos de ordenación. Ejemplo de esta actitud lo encontramos en Kuttner, para quien no se puede pretender un sistema perfectamente lógico para el Código sino sólo una ordenación razonable del Derecho Canónico; ni puede establecerse un sistema de validez absoluta, por lo que tampoco se debe perseguir un sistema perfecto.

En cambio, los autores que se mueven en el ámbito continental dan mayor importancia a la coherencia lógica en el sistema codicial. Así ocurre, por ejemplo, con algunos autores del ámbito germánico, como Mörsdorf, Schmitz o Aymans, para quienes la ordenación de materias no sólo debe constituir una ordenación práctica sino también una ordenación lógica; incluso consideran que el Código debe servir de fundamento para la enseñanza del Derecho Canónico, por lo que no sólo ha de ser fuente del Derecho sino también tratado didáctico.

Estas diferentes actitudes y posturas explican que, efectivamente, no sea nada fácil llegar a acuerdos a la hora de elegir los criterios sistemáticos para proceder a la ordenación de materias.

Entre la numerosa bibliografía puede verse: W. Aymans, *Der strukturelle Aufbau des Gottesvolkes*, Archiv für katholisches Kirchenrecht 148 (1979) 21-47. J.M. González del Valle, *The method of the Codex iuris canonici*, en *Le nouveau Code de droit canonique, I, Actes du V Congrès International de droit canonique organisé par l'Université Saint–Paul*, Ottawa 1986, 141-155. A. De la Hera, *Los primeros pasos de la ordenación sistemática del nuevo Código de Derecho Canónico*, en *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al Profesor Maldonado*, Madrid 1983, 223-245. P. Krämer, *Kristische Anmerkungen zur Systematik eines neuen kirchlichen Gesetzbuches*, en «Archiv für katholisches Kirchenrecht», 147 (1978), 463-470. S. Kuttner, *Betrachtungen zur Systematik eines neuen Codex Iuris Canonici*, en «Ex Aequo et bono. Willibald M. Plöchl zum 7º. Geburtstag», Innsbruck 1977, 15-21. P. Lombardía, *La sistemática del Codex y su posible adaptación*, en *Teoría general de la adaptación del Código de Derecho Canónico*, Bilbao 1961, 213-237. K. Mörsdorf, *Zur Neuordnung der Systematik des Codex Iuris Canonici*, Archiv für katholisches Kirchenrecht 137 (1968) 3-38. H. Schmitz, *Die Gesetzessystematsyk des Codex Iuris Canonici*, Liber I-III, Munich 1963; *De ordinatione sistematica novi Codicis iuris canonici recogniti*, Periodica 68 (1979) 171-201.

2. Elemento comunitario y elemento jerárquico en la Constitución de la Iglesia. Su reflejo en el sistema del Código

El título de la segunda parte del Libro II del *CIC* responde literalmente al título del Capítulo III de la Constitución Dogmática *LG* del Concilio Vaticano II: «La Constitución jerárquica de la Iglesia».

Como en la Constitución conciliar, también en el *CIC* el tratamiento sistemático de la materia queda integrado en el Libro correspondiente al Pueblo de Dios. Dadas las relaciones existentes entre el Código y el Concilio, las razones que justifican esa sistemática son muy parecidas en uno y otro caso.

Efectivamente la jerarquía es sólo uno de los elementos del Pueblo de Dios y la Constitución jerárquica no agota todos los aspectos de la Constitución de la Iglesia. Por eso ha sido un acierto que esta II Parte del Libro II vaya precedida de una I Parte dedicada a los fieles cristianos, que es el otro aspecto de la Constitución de la Iglesia. El elemento comunitario –*la communio fidelium*– y el elemento jerárquico son dos aspectos complementarios de la Constitución de la Iglesia y, aunque son también inseparables, parece conveniente que se los haya distinguido también en la ordenación sistemática del CIC.

La parte que ahora tratamos en nuestro estudio se refiere sólo a un aspecto de la Constitución de la Iglesia (a su estructura jerárquica), y no incluye, por tanto, a todo el Derecho Constitucional Canónico.

3. La «Communio fidelium» y la «Communio hierarchica» en la estructura Constitucional de la Iglesia

Por otra parte, es cierto que, siendo la Jerarquía sólo uno de los elementos de la Constitución de la Iglesia, toda la Iglesia *en cuanto tal* tiene un Constitución jerárquica y no puede ser concebida sin esta Jerarquía cuyo núcleo originario es de institución divina. De manera que la entera Constitución de la Iglesia es el resultado de la articulación orgánica entre el elemento comunitario –que se expresa en la *Communio fidelium*– y el elemento jerárquico –que se manifiesta en la *Communio hierarchica*– y ambos elementos se presentan siempre entrelazados e interrelacionados en la total estructura de la Iglesia[2].

2. Sobre las diferentes dimensiones de la *communio* puede verse, por ejemplo, R. Blázquez, *Eclesiología de Comunión*, Communio. Revista Católica Internacional IV (1986) 354-374. Para sus implicaciones en el ámbito canónico, puede verse a J. Hervada, *Elementos de Derecho Constitucional canónico*, Pamplona 1987, especialmente 79-95.

De ahí la dificultad para distinguirlos perfectamente en una posible ordenación sistemática por materias, como se pone también de manifiesto en la ordenación sistemática establecida por el *CIC*. Ello significa que el la Parte II del Libro II se contienen sin duda los elementos y estructuras más importantes de la Constitución jerárquica de la Iglesia, especialmente aquellas estructuras que son de institución divina, pero existen también otros elementos y estructuras jerárquicas que se encuentran regulados en otros lugares del *CIC*. Pensemos, por ejemplo, en los temas de la potestad de régimen o del oficio Eclesiástico, regulados en los títulos VIII y IX del Libro I. Lo mismo cabe decir respecto a la cuestión de la incardinación de los clérigos o a la cuestión de las Prelaturas personales, reguladas en los títulos III y IV de la I Parte del Libro II.

La Iglesia es el Pueblo de Dios que está constituido como Cuerpo de Cristo. El c. 204 que encabeza el Libro II del *CIC*, expresa perfectamente esta realidad cuando afirma que los fieles cristianos se incorporan a Cristo por el bautismo –se hacen miembros del Cuerpo Místico de Cristo– y se integran en el Pueblo de Dios, haciéndose así partícipes a su modo de la función sacerdotal, profética y real de Cristo, cada uno según su propia condición. Ello significa que la Iglesia, en cuanto Cuerpo de Cristo, tiene una *estructura orgánica y articulada* en diversas funciones, por virtud de la cual unos desempeñan las *funciones capitales –propias de la Cabeza–* y otros *las funciones no capitales –propias de los miembros–*.

Corresponde precisamente a la Jerarquía el desempeño de esas funciones capitales, para las cuales son habilitados por el Sacramento del Orden. Así lo afirma el c. 1008 del *CIC*: «Mediante el Sacramento del Orden, por institución divina, algunos de entre los fieles quedan constituidos ministros sagrados… desempeñando en la persona de Cristo Cabeza las funciones de enseñar, santificar y regir».

Entre los ministros sagrados habilitados por el Sacramento del Orden, hay que mencionar especialmente a «los Obispos que por institución divina son los sucesores de los Apóstoles… Son constituidos como Pastores en la Iglesia para que también ellos sean maestros de la doctrina, sacerdotes del culto sagrado y ministros para el gobierno» (c. 375 § 1).

La Iglesia aparece así como una Comunión jerárquica entre la Cabeza y los miembros «cuyo sentido no es el de una *afecto* indefinido, sino el de una *realidad*

Recientemente, la Congregación para la Doctrina de la Fe ha hecho pública una Carta a los Obispos de la Iglesia Católica (28.V.92) «Sobre algunos aspectos de la Iglesia considerada como comunión». En ella se «ha estimado oportuno recordar brevemente y clarificar donde era necesario, alguno de los elementos fundamentales que han de ser considerados puntos firmes, también en el deseado trabajo de profundización teológica» (vid. *Introducción* de la citada Carta).

orgánica, que exige una forma jurídica y que, a la vez, está animada por la caridad» (NEP, 2ª). Este engarce entre elemento comunitario y jerárquico y elemento jurídico se manifiesta en todas las estructuras de la Constitución jerárquica de la Iglesia, concretamente en las que aparecen en esta II Parte del Libro I.

4. La «communio ecclesiarum»: la dimensión universal y particular de la Iglesia

Además, la *Communio Ecclesiatica* aparece también articulada entre su *dimensión universal y particular.* En efecto, «la Iglesia de Cristo, que en el Símbolo confesamos una, santa, católica y apostólica, es la Iglesia universal, es decir, la universal comunidad de los discípulos del Señor, que se hace presente y operativa en la particularidad y diversidad de personas, grupos, tiempos y lugares. Entre estas múltiples expresiones particulares de la presencia salvífica de la única Iglesia de Cristo, desde la época apostólica se encuentran aquellas que en sí misma son *Iglesias*, porque, aun siendo particulares, en ellas se hace presente la Iglesia universal con todos sus elementos esenciales. Están por eso constituidas «a imagen de la Iglesia Universal» y cada una de ellas es «una porción del Pueblo de Dios que se confía al Obispo para ser apacentada con la cooperación de su presbiterio».

«La Iglesia universal es, pues, el *Cuerpo de las Iglesias*, por lo que se puede aplicar de manera analógica el concepto de comunión también a la unión entre las Iglesias particulares, y entender la Iglesia universal como una Comunión de Iglesias»[3].

Las dos secciones de que consta esta II Parte del Libro I que ahora estudiamos están dedicadas a esta doble dimensión universal (Sección I: «De la Suprema Autoridad de la Iglesia») y particular (Sección II. «De las Iglesias particulares y de sus agrupaciones») de la Iglesia. Sin embargo, estas dos dimensiones *están mutuamente implicadas y son inseparables* pues las Iglesias particulares, «en cuanto «partes que son de la única Iglesia de Cristo», tienen con el todo, es decir, con la Iglesia Universal, una peculiar relación de «mutua interioridad», porque en cada Iglesia particular «se encuentra y opera verdaderamente la Iglesia de Cristo, que es Una, Santa, Católica y Apostólica». Por consiguiente «la Iglesia universal no puede ser concebida como la suma de las Iglesias particulares ni como una federación de Iglesias particulares». No es el resultado de una comu-

3. *Sobre algunos aspectos de la Iglesia considerada como comunión,* Carta de la Congregación para la Doctrina de la Fe a los Obispos de la Iglesia Católica (28.V.1992), n. 7-8.

nión de las Iglesias, sino que, en su esencial misterio es una realidad *ontológica y temporalmente* previa a cada *concreta* Iglesia particular…

«De ella, originada y manifestada universal tomaron origen las diversas Iglesias locales, como realizaciones particulares de esa una y única Iglesia de Jesucristo. Naciendo *en y a partir* de la Iglesia Universal, en ella y de ella tienen su propia eclesialidad. Así pues, la fórmula del Concilio Vaticano II: *La Iglesia en y a partir de las Iglesias (Ecclesia in et ex Ecclesiis)* es inseparable de esta otra*: Las Iglesias en y a partir de la Iglesia (Ecclesiæ in et ex Ecclesia)*. Es evidente la naturaleza mistérica de esta relación entre Iglesia Universal e Iglesias particulares, que no es comparable a la del todo con las partes en cualquier grupo o sociedad meramente humana»[4].

5. La mutua implicación entre la Iglesia Universal y las Iglesias particulares. Eucaristía, Episcopado y Primado

La unidad e implicación mutua entre la Iglesia Universal y las Iglesias particulares, además de en la fe y en el Bautismo, está basada sobre todo en la Eucaristía y en el Episcopado. A su vez, la unidad del Episcopado reclama también un principio de unidad, cuyo fundamento visible es el Romano Pontífice. La razón es clara: «Como la idea misma de *Cuerpo de las Iglesias* reclama la existencia de una Iglesia Cabeza de las Iglesias, que es precisamente la Iglesia de Roma que «preside la comunión universal de la caridad», así la unidad del Episcopado comporta la existencia de un Obispo Cabeza del *Cuerpo o Colegio de los Obispos*, que es el Romano Pontífice. De la unidad del Episcopado, como de la unidad de la entera Iglesia «el Romano Pontífice, como sucesor de Pedro, es principio y fundamento perpetuo y visible»»[5].

El *Primado del Obispo de Roma y el Colegio Episcopal* no son, pues, elementos extrínsecos a la Iglesia Particular cuya existencia sea como el resultado de un voluntario sometimiento de la federación de las Iglesias particulares a una Autoridad Universal, sino que son *elementos intrínsecos* de las Iglesias particulares en cuanto tales. De manera que «para que cada Iglesia particular se plenamente Iglesia, es decir, presencia particular de la Iglesia Universal como todos sus elementos esenciales, y por lo tanto constituida a imagen de la Iglesia Universal, debe hallarse pr4esente en ella, como elemento propio, la suprema Autoridad de la Iglesia: el Colegio Episcopal «junto con su Cabeza, el Romano Pontífice

4. Ibídem, n. 9.
5. Ibídem, n. 12.

y jamás sin ella». El Primado del Obispo de Roma y el Colegio Episcopal son elementos propios de la Iglesia Universal «no derivados de la particularidad de las Iglesias», sino interiores a cada Iglesia particular»[6].

6. Criterios sistemáticos diferentes que se encuentran en las dos Secciones de que consta la II Parte del Libro II del Código de Derecho Canónico

La división sistemática de la Parte II del Libro II corresponde a la distinción entre Iglesia Universal e Iglesias particulares a la que acabamos de hacer alusión.

En efecto, la Sección I trata de la Suprema Autoridad de la Iglesia, y la Sección II trata de las Iglesias particulares y de sus agrupaciones. Sin embargo, no se ha seguido un tratamiento sistemático paralelo en ambas Secciones. Mientras la Sección I trata solamente de la Autoridad Suprema en la Iglesia, y considera sólo el elemento jerárquico de la Universal *communio fidelium*, la Sección II ha seguido un enfoque más completo y abarcante, teniendo en cuenta todos los elementos de la *Communio* y no exclusivamente el jerárquico. Así el título I de esa Sección II es bien significativo al respecto: «De las Iglesias particulares y de la Autoridad constituida en ellas»; y, dentro de este título I, el capítulo I se dedica a las Iglesias particulares como porciones del Pueblo de Dios, poniendo en la base la *communio fidelium*, y sólo después en el capítulo II se trata específicamente de los obispos, que son quienes normalmente presiden las Iglesias particulares, y siempre presiden las Iglesias diocesanas.

En la Sección II, pues, las Iglesias particulares aparecen consideradas tanto en su elemento comunitario –*Communio fidelium* o *portio Populi Dei*– como en su elemento jerárquico –oficios capitales y auxiliares–.

Para que se hubiese producido un paralelismo sistemático, la Sección I habría tenido que titularse algo así como: «De la Iglesia Universal y de la Suprema Autoridad constituida en ella». De esta forma se hubiese destacado con mayor intensidad, quizá, el concepto eclesiológico clave del Vaticano II, poniendo a la *Communio*, con todos sus elementos esenciales, en el centro del tratamiento sistemático sobre la Iglesia y sus estructuras. El Romano Pontífice y el Colegio Episcopal, como Suprema Autoridad de la Iglesia, habrían aparecido como el elemento capital jerárquico de la Universal *Communio fidelium*.

Ello hubiese permitido incluir allí en esa Sección I algunas estructuras jerárquicas de la Iglesia Universal que, debido a esta anomalía sistemática a que nos

6. Ibídem, n. 14.

referimos, han tenido que quedar fuera de la Parte II del Libro II. Este es el caso concreto de las Prelaturas personales, situadas en la Parte I.

7. La dificultad para distinguir sistemáticamente los diferentes aspectos en que se estructura la «Communio» en cuanto «Communio fidelium, Communio hierarchica y Communio ecclesiarum»

Si nos preguntamos cuál pudo haber sido la razón de ser de esta falta de paralelismo sistemático, probablemente habría que buscarla en un esfuerzo de economía normativa y un deseo de evitar repeticiones inútiles. Efectivamente, toda la Parte I del Libro II significa en realidad un tratamiento de la Universal *Communio fidelium*, bajo el título «De los fieles cristianos». En realidad, en esta I Parte del Libro II se encuentra el elemento comunitario de la Iglesia Universal, sobre cuya base se articula el tratamiento de la Suprema Autoridad de la Iglesia que se hace en la Sección I de la II Parte.

Un indicio muy claro de lo que queremos decir se encuentra en el c. 204 que encabeza toda la Parte I del Libro II. Este canon está dividido en dos parágrafos que expresan, respectivamente, el elemento comunitario y jerárquico de la Iglesia Universal, y que con pequeñas variantes para adaptarlo a su contenido podría haber figurado también muy bien a la Cabeza de la Parte II del Libro II. En el parágrafo 1 se habla de los fieles cristianos y de su incorporación al Pueblo de Dios como universal *communio fidelium*, y en el parágrafo 2 se alude el elemento jerárquico de la Iglesia Universal, «constituida y ordenada como sociedad en este mundo… gobernada por el sucesor de Pedro y por los Obispos en comunión con él».

A partir del c. 204, toda la Parte I del Libro II no es más que un desarrollo normativo de la *communio fidelium* universal, haciéndose referencia no sólo al estatuto jurídico común de los fieles sino al estatuto específico de laicos y clérigos, incluyendo también en sus dos últimos títulos a las prelaturas personales y a las asociaciones de fieles.

Como ya hemos dicho, las prelaturas personales –en cuanto estructuras jerárquicas de la Iglesia Universal establecidas por la Autoridad Apostólica para peculiares tareas pastorales–, podrían haber figurado sistemáticamente en la Sección I de la Parte II, si en ella se hubiera tratado de las estructuras jerárquicas de la Iglesia Universal radicadas en el ministerio petrino, y no solamente de la Autoridad Suprema de la Iglesia[7]. Al faltar este planteamiento sistemático en la

7. La Carta a los Obispos de la Congregación para la Doctrina de la Fe «sobre algunos aspectos de la Iglesia considerada como comunión» se refiere a las diferentes «realidades eclesiales» que

Sección I, han sido incluidas en la I Parte como instituciones de la Iglesia Universal en las que se articulan elementos comunitarios y jerárquicos bajo la presidencia de un Prelado, que actúa las funciones del oficio capital como Pastor propio.

Todo ello pone de manifiesto lo difícil que resulta encajar perfectamente todas las piezas en las opciones sistemáticas que se toman, y cómo a veces han de prevalecer unos aspectos sobre otros a la hora de armonizar todos los criterios.

Concretamente, en relación con la sistemática adoptada respecto a las materias reguladas en la I y II parte del Libro II, se pone especialmente de relieve la dificultad de distinguir sistemáticamente los diferentes aspectos en los que se estructura la *Communio* en cuanto *communio fidelium, communio hierarchica* y *communio ecclesiarum*. Tales aspectos están tan entrelazados que inevitablemente, algunas instituciones o estructuras pueden aparecer en un lugar u otro según el criterio sistemático que prevalezca, o según el aspecto que quiera hacer primar.

Por todo ello, no debe exagerarse demasiado el valor de las opciones sistemáticas de un Código, necesariamente relativas y parciales, o incluso convencionales en muchos casos.

Dicho esto, quisiera añadir que la opción sistemática adoptada por el legislador Canónico me parece perfectamente legítima y que puede justificarse en un planteamiento de la Parte II del Libro II del *CIC* basado prevalentemente en la «*Communio ecclesiarum*». La Suprema Autoridad de la Iglesia tratada en la

«por su carácter supradiocesano, radicado en el ministerio petrino… son también elementos de servicio de la comunión entre las diversas Iglesias particulares». En el n. 16 el Documento distingue dos tipos: las instituciones jerárquicas y los institutos y sociedades de vida consagrada y de vida apostólica.

Con respecto a las primeras, se afirma que en la Iglesia «existen instituciones y comunidades establecidas por la Autoridad Apostólica para peculiares tareas pastorales. Estas, en cuanto tales, pertenecen a la Iglesia Universal, aunque sus miembros son también miembros de las Iglesias particulares donde viven y trabajan». El texto se refiere de modo inmediato a las Prelaturas personales *ad peculiaria opera pastoralia*, promovidos por el Derecho conciliar *Presbiterorum ordinis*, n. 10, y reguladas en los cc. 294-297 del *CIC*; pero puede incluir también otras instituciones similares, como es el caso de los Ordinariatos militares.

Con respecto a las segundas, el Documento menciona «los múltiples institutos y sociedades, expresión de los carismas de la vida consagrada y de vida apostólica, con los que el Espíritu Santo enriquece el Cuerpo Místico de Cristo». Siguiendo a *Lumen Gentium*, n. 44, recuerda que «aun no perteneciendo a la estructura jerárquica de la Iglesia, pertenecen a su vida y a su santidad». Habría que incluir aquí a todos los institutos de vida consagrada y las sociedades de vida apostólica contempladas en la Parte III del Libro II del *CIC*.

En relación con este tema y con todo el Documento puede verse un interesante comentario en P. Rodríguez, *La comunión en la Iglesia. Un documento de la Congregación para la Doctrina de la Fe*, Scripta Theologica, 24, 2 (1992), 559-567.

Para el aspecto canónico de la cuestión remito a mi trabajo sobre *Estructuras jerárquicas y Asociaciones*, en *Das Konsoziative Element in der Kirche. Akten des VI Internationalen Kongresses für Kanonisches Recht*, St. Ottilien 1989, 189-197.

sección I significa elemento capital jerárquico de la Iglesia universal, mientras que en la Sección II se trata de las Iglesias particulares tanto en sus elementos comunitarios como jerárquicos. La «*Communio ecclesiarum*» aparece como el resultado de la articulación orgánica entre los elementos incluidos en la I y en la II Sección. Por tanto, el substrato comunitario de la Iglesia Universal está presente en esa Sección II, en todo ese conjunto de porciones del Pueblo de Dios de que constan las Iglesias particulares; todo ella se articula con su elemento jerárquico universal que se encuentra tratado en la Sección I.

Sin embargo, sigue siendo cierto que esta legítima opción sistemática no pretende incluir exhaustivamente todos los elementos jerárquicos de la Iglesia que, como hemos afirmado más arriba, se encuentran presentes también en otras partes y libros del CIC. Como también es cierto que hubiese sido asimismo legítima la opción por un paralelismo sistemático entre esas Secciones I y II de la parte II del Libro II.

8. El criterio territorial como regla general en la determinación de las estructuras eclesiásticas

Finalmente, también puede hacerse notar que las estructuras jerárquicas que aparecen en la Sección II de la II Parte reflejan sobre todo una decisión de la Constitución jerárquica de la Iglesia basada en el criterio territorial. Así ocurre tanto en relación con las diferentes especies de Iglesias particulares descritas en el título I (Diócesis, prelaturas territoriales, abadías territoriales, vicariatos apostólicos, prefecturas apostólicas, administraciones apostólicas erigidas de manera estable). Como en relación con las agrupaciones de las Iglesias particulares incluidas en el título II (provincias y regiones eclesiásticas y las diferentes autoridades y asambleas en ellas constituidas como los Metropolitanos, los Concilios particulares y las Conferencias episcopales).

Como es sabido, el criterio territorial no es el único ni esencial en la división de las estructuras jerárquicas de la Iglesia, pero sí es considerado como el criterio más normal y la regla general (así se manifiesta, por ejemplo en el c. 372 § 1 en relación con las Diócesis u otras Iglesias particulares).

Lo mismo puede decirse en relación con las estructuras consideradas en la ordenación interna de las Iglesias particulares a que se refiere el título III de esa Sección II. Tomando como modelo la Diócesis, y después de tratar de las asambleas u organismos en ella constituidos –tales como el Sínodo diocesano, la Curia diocesana y sus diferentes oficios, el Consejo presbiteral y el colegio de consultores, los cabildos de canónigos y el Consejo Pastoral– se trata de las

diversas partes en que se divide la Diócesis, y ahí se contempla a las parroquias y a los vicariatos foráneos o arciprestazgos, con un último capítulo dedicado a las demás Iglesias públicas y a las capellanías. Sin embargo, en relación con estas estructuras, los criterios de división territorial pueden ser más flexibles y por referirse a grupos más reducidos de personas pueden adaptarse más fácilmente a las circunstancias[8].

9. Conclusión

Como decía al principio de estas líneas, la sistemática del Código de 1983 ha mejorado considerablemente la adoptada por el Código de 1917. En este sentido, no han resultado vanos los esfuerzos que se dedicaron a esta tarea, que llevaron a crear incluso un grupo de trabajo especial en el seno de la Comisión de reforma del Código para ocuparse exclusivamente de la cuestión sistemática. De esta manera se ha contribuido a esclarecer los criterios con que se regulan las diversas materias y a facilitar por tanto una más adecuada interpretación y aplicación de las normas.

Pero no conviene sobrevalorar demasiado los criterios sistemáticos, teniendo en cuenta que muchas veces son por diversas circunstancias muy relativos y provisionales, y que se pueden basar sólo en motivos de oportunidad o discrecionalidad. Ello obliga al exégeta del Código a profundizar cada vez más en su esclarecimiento con vistas a su posible corrección y mejora. Obliga también a una flexible aplicación de los mismos como corresponde a su propia índole, ya de por sí flexible y elástica, teniendo en cuenta la naturaleza más adecuada de las diversas instituciones y de las normas que las regulan.

8. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de las parroquias en virtud de lo establecido por el c. 518, según el cual «donde convenga, se constituirán parroquias personales en razón del rito, de la lengua, o de la nacionalidad de los fieles de un territorio, o incluso por otra determinada razón».

3
ESTRUCTURAS JERÁRQUICAS Y ASOCIACIONES*

1. El intento de establecer la diferencia entre Derecho Constitucional y Derecho Asociativo en Derecho Canónico tropieza con una gran dificultad: la noción de Constitución de la Iglesia –y, por tanto, la de Derecho Constitucional como Derecho correspondiente a esa Constitución– no ha sido objeto de una elaboración en la que se haya alcanzado un acuerdo por parte de la doctrina. Muy al contrario, se trata de una noción imprecisa, cuya definición es en la actualidad bastante convencional. La cuestión se plantea también en el ámbito del Derecho del Estado, pero en ese ámbito se puede resolver más fácilmente porque la doctrina puede partir del dato positivo de las Constituciones formalizadas y en base a él plantearse la descripción del concepto y contenido de la Constitución estatal. En el caso de la Iglesia, el tema de la Constitución y del Derecho Constitucional no puede plantearse de la misma manera porque, además de que es necesario tener en cuenta la naturaleza mistérica de la Iglesia, no existe una Constitución jurídica formalizada según la técnica propia del Derecho Constitucional civil.

Así las cosas, hay que partir del carácter convencional con que se usa el término Constitucional en Derecho Canónico y, por tanto, del carácter también relativo que puede tener un intento de tratar de diferenciar al Derecho Constitucional del Derecho Asociativo.

En estas líneas no pretendo abordar directamente la cuestión de delimitar el concepto de Constitución y de Derecho Constitucional, sino simplemente aludir a algunos criterios que, a mi juicio, deberían tenerse en cuenta si se quiere diferenciar las estructuras Constitucionales jerárquicas de la Iglesia de aquellas

(*) Publicado en AA.VV., *Das Konsociative element in der kirche*, St. Ottlien 1989, 189-197. Publicado también en Ius Canonicum 57 (1988) 327-335.

otras que no lo son, como es el caso de las Asociaciones. Utilizo la expresión «estructuras Constitucionales jerárquicas» con un sentido parecido al del Código de Derecho Canónico en el título de la Parte IIª del libro II –«La Constitución jerárquica de la Iglesia»–, es decir, con la intención de referirme a las estructuras propias de la Organización jerárquica de la Iglesia sin mayores precisiones y sin prejuzgar qué haya que entender por Constitución. Parece claro, además, que la Constitución jerárquica de la Iglesia es sólo una parte, y no agota todo lo que contiene la noción de Constitución de la Iglesia sin más especificaciones.

Mi propósito ahora es, pues, hacer referencia a algunos de los criterios que parecen caracterizar a esas estructuras eclesiásticas que forman parte de la Constitución jerárquica de la Iglesia y que están comprendidas principalmente en esa IIª Parte del libro II, aunque, dada la sistemática seguida por el Código para esa IIª Parte, ha quedado todavía fuera alguna estructura pastoral –como es el caso de las Prelaturas personales– a la que son de aplicación también los criterios definidores de las estructuras jerárquicas[1]. Al mismo tiempo haré referencia, como punto de contraste, a aquellos otros criterios que suelen caracterizar a las Asociaciones. Debo añadir que me voy a limitar solamente a esbozarlos, dejando para otra ocasión la oportunidad de hacer un estudio más extenso y profundo.

2. Un primer criterio diferenciador entre las organizaciones jerárquicas y las asociaciones es el que se refiere a los fines. Indudablemente todas las estructuras constituidas dentro de la Iglesia, sean jerárquicas o no han de tener como fin el propio de la Iglesia: todas ellas habrán de proponerse en última instancia la *salus animarum.* Por la misma razón, todas ellas tendrán como fin general el apostolado propio de la Iglesia, entendiendo esta expresión en su sentido más amplio[2]. Todos los miembros de la Iglesia son corresponsables y solidarios en la prosecución de estas finalidades desde el momento mismo en que por el bautismo se incorporaron a ella con la condición de miembros activos. Por el bautismo todos los fieles se hacen partícipes de la triple función de Cristo (*munus sanctificandi, docendi et regendi*) (canon 204).

1. Entre los estudios que han puesto de manifiesto la naturaleza jerárquica de las Prelaturas personales pueden verse, por ejemplo, Gutiérrez, J. L., *De prælatura personali iuxta leges constitutivas et Codicis Iuris Canonici normas,* Periodica 72 (1983) 71-111; Rodríguez, P., *Iglesias particulares y prelaturas personales,* Pamplona ²1986; Stetson, W. – Hervada, J., *Personal Prelatures from Vatican II to the New Code: An Hermeneutical Study of canons* 294-297, The Jurist 45 (1985) 379-419.

Quisiera hacer notar además que, como es bien sabido, la Constitución de la Iglesia se compone tanto de elementos de Derecho divino como de derecho humano; por tanto, no todas las estructuras jerárquicas de la Iglesia son de Derecho divino.

2. *Apostolicam Actuositatem,* n. 2.

Sin embargo, aquellos de entre los fieles que forman parte de la Jerarquía de la Iglesia y que a través del Sacramento del Orden han sido destinados para representar a Cristo Cabeza, actuando en su nombre y con su autoridad [3], tienen una específica responsabilidad en relación con los fines de la Iglesia. A la jerarquía de Orden y de jurisdicción corresponde representar a Cristo Cabeza y, con su Autoridad recibida del mismo Cristo, garantizar la consecución de los fines de la Iglesia, velando para que éstos no se aparten de su misión.

Las estructuras jerárquicas se crean precisamente para canalizar la realización de esos fines. A través de estas estructuras se persiguen los fines del entero Pueblo de Dios y dentro de ellos, aquellos que por su naturaleza están reservados a la Jerarquía y que sólo a ella le han sido específicamente encomendados.

En cambio, los fines que los fieles pueden realizar por sí mismos y con sus propias iniciativas apostólicas (*incepta apostolica*), pueden llevarse a cabo por ellos mismos tanto de forma individual como de forma asociada. Los fieles pueden hacer uso del Derecho de asociación que el canon 205 del CIC les reconoce y constituir asociaciones para la realización de sus iniciativas eclesiales en forma asociada [4]. Las asociaciones de los fieles previstas en los cánones 298-329 del CIC son el cauce previsto por el legislador para el ejercicio del Derecho de asociación del canon 215.

En principio, por tanto, los fines del entero Pueblo de Dios y aquellos que sean de la exclusiva responsabilidad de la Jerarquía –como proclamar autoritativamente la Palabra o administrar los Sacramentos– habrán de realizarse a través de las estructuras jerárquicas, mientras que los fines propios de los fieles en cuanto fieles pueden llevarse a cabo bien individualmente o bien recurriendo al cauce asociativo.

Además en el CIC se ha previsto la posibilidad de que algunas finalidades reservadas por su naturaleza a la Jerarquía puedan ser llevadas a cabo también recurriendo al cauce jurídico de las Asociaciones. Esta es una de las razones por las que se pueden erigir asociaciones públicas –otra razón es la de suplir la falta de iniciativa de los fieles– según el canon 301.

Dada la naturaleza de estos fines perseguidos por las Asociaciones públicas, habrán de recibir la misión canónica, en la medida en que lo necesiten para los fines que se proponen alcanzar en nombre de la Iglesia (canon 313). De esta forma las asociaciones públicas quedan más estrechamente vinculadas a las actividades propias de la Jerarquía, sin que por esto pierdan su naturaleza propiamente

3. Canon 1008 del *Codex Iuris Canonici.*
4. Véase también el canon 216 del CIC.

asociativa, pues esa colaboración con la Autoridad Eclesiástica no las transforma en estructuras jerárquicas. Esto puede entenderse más fácilmente si se recuerda la colaboración que los simples fieles pueden prestar también a la Autoridad Eclesiástica, desempeñando incluso determinados oficios Canónicos y recibiendo para ello una misión de la Iglesia, sin que por ello dejen de ser simples fieles, tal como está previsto, por ejemplo, en el canon 228.

3. Otro criterio diferenciador entre las estructuras jerárquicas y las Asociaciones es el que hace referencia a la diversa composición orgánica y variedad funcional de los elementos personales que las integran. Las organizaciones jerárquicas participan todas ellas de la dimensión orgánica y jerárquica propia de la *communio* eclesiástica. Están constituidas según la relación de comunión propia y específica de la Iglesia–Cuerpo de Cristo y, por tanto, según la relación Cabeza–cuerpo. En las estructuras jerárquicas hay siempre un oficio capital por el que una determinada comunidad o grupo de fieles se inserta en la comunión jerárquica de la Iglesia y queda estructurada como un cuerpo orgánico y jerárquico. Estas estructuras manifiestan siempre esa dimensión por la que la Iglesia es comunión jerárquica[5].

Las Asociaciones tienen una forma social distinta. Las Asociaciones, en efecto, se encuentran más bien en el nivel propio de la *communio fidelium,* de la que son una manifestación[6]. Su estructura social se basa más bien en una condición de igualdad en cuanto a los fines sociales a perseguir por todos los socios miembros de la asociación. Los socios de una asociación sólo ponen en común una dimensión, respecto de la cual todos ellos gozan de igualdad en cuanto a los derechos y obligaciones que de esa condición derivan.

Esta diversidad entre los miembros de las Organizaciones jerárquicas y los socios de las Asociaciones se manifiesta también en el modo de perseguir los fines en ambos tipos de estructuras. Mientras los miembros de las estructuras jerárquicas persiguen sus fines actuando según la propia condición y estado, a través de lo que en el lenguaje del CIC (canon 296) se llama «cooperación orgánica», los socios de las asociaciones lo hacen precisamente en su condición común de socios y; por tanto, en un plano de igualdad a ese nivel.

Este diverso modo de actuar se manifiesta, por ejemplo, en las relaciones entre sacerdotes y laicos. En las estructuras jerárquicas esas relaciones están reguladas por la diferencia esencial (y no sólo de grado) entre el·Sacerdocio co-

5. Sobre las diversas dimensiones de la *communio –communio fidelium, communio hierarchica, communio ecclesiarum–* puede verse, por· ejemplo, Blázquez, R., *Eclesiología de Comunión,* Communio. Revista Católica Internacional IV (1986) 354-374.

6. *Apostolicam Actuositatem,* n. 18.

mún y el Sacerdocio ministerial, lo que da lugar a actividades que son también esencialmente diversas en la práctica. Para unos, los sacerdotes, consistirán en el ejercicio de su ministerio pastoral, especialmente a través de la proclamación de la Palabra y de la administración de los Sacramentos; se trata de ese conjunto de actividades que tiene que ver ordinariamente con la «*cura animarum*». Mientras para otros, los simples fieles, la colaboración que pueden prestar al apostolado y a la misión de la Iglesia se enmarcará siempre dentro de aquellas actividades propias del sacerdocio común, para las que ordinariamente no será necesario recibir ningún tipo de misión canónica, ni ser titulares de oficios Eclesiásticos –al contrario de lo que ocurre en el caso del ejercicio del sacerdocio ministerial–.

En cambio, dentro de las asociaciones, la condición de socio es común para sacerdotes y laicos respecto a los fines propios de la asociación. La diferencia entre sacerdocio común y sacerdocio ministerial no tiene, en principio, ninguna relevancia respecto a la condición de socio. En una asociación de fieles, laicos y sacerdotes asumirán el fin asociativo de la misma manera, responsabilizándose de él en cuanto socios y no propiamente en cuanto miembros que están destinados sacramentalmente a desempeñar funciones esencialmente diversas en el seno del Cuerpo Místico de Cristo.

4. Entre los criterios diferenciadores de las Organizaciones jerárquicas y las Asociaciones, merece una mención especial aquel principio que informa y estructura propiamente a toda organización jerárquica de la Iglesia, es decir, la *sacra potestas.* Como es sabido, el Concilio Vaticano II utiliza este término para referirse a esa potestad que poseen los ministros sagrados en orden precisamente al ejercicio de los tres *munera –sanctificandi, docendi et regendi–* para realizar la misión de la Iglesia[7]. Las organizaciones jerárquicas de la Iglesia, en cuanto manifestación que son de la *communio hierarchica,* poseen una estructura orgánica en las que la función capital la desempeña siempre un oficio que ejerce precisamente esa potestad de origen apostólico, y cuya competencia habrá sido circunscrita por la correspondiente misión canónica. La *sacra potestas* es así el principio estructurante de la *communio* y de todas sus manifestaciones jerárquicas en el seno de la Iglesia[8].

7. *Lumen Gentium,* capítulo III, sobre la Constitución jerárquica de la Iglesia y particularmente el Episcopado. Puede verse también la Nota explicativa previa a ese capítulo III.

8. Como es sabido, el CIC no utiliza el término *sacra potestas* sino que utiliza los términos tradicionales *potestas ordinis* y *potestas iurisdictionis.* Probablemente con el término *sacra potestas* el Concilio quiso poner de manifiesto, sin entrar en disputas doctrinales, el carácter complementario y la unidad operativa que debe darse en el ejercicio de las dos potestades distinguidas por la doctrina clásica.

Cosa diversa ocurre en las Asociaciones. La potestad que se ejerce dentro de las estructuras asociativas es esencialmente distinta. No se trata aquí de la *sacra potestas,* ni de esa potestad de jurisdicción que según el canon 129 existe en la Iglesia por institución divina. La potestad estatutaria propia de las asociaciones tiene un origen y naturaleza distinta: se trata de una potestad que en principio se basa en la autonomía privada de los fieles, o en la autonomía que el Derecho Canónico reconoce en general a las entidades asociativas cuando el canon 309 del CIC se refiere a esa capacidad para establecer el Derecho peculiar propio de la asociación, dentro del marco del Derecho Canónico común.

Aunque los Institutos religiosos no sean meras asociaciones por tratarse de instituciones que afectan a la condición de fiel y constituyen un estado Canónico peculiar, en la medida en que participan del Derecho asociativo tienen también la potestad estatutaria propia de toda asociación. Sin embargo, en el caso de los Institutos religiosos clericales de Derecho pontificio, el Código de Derecho Canónico establece que, además de la potestad general estatutaria propia de toda entidad asociativa (canon 596 § 1), tienen también potestad eclesiástica de régimen (canon 596 § 2). Se trata, efectivamente, de una excepción, que obedece a una serie de razones históricas relacionadas con el régimen de exención de que han gozado estas instituciones, y que también tiene que ver sin duda con la facultad de incardinar clérigos que tienen aquellos Institutos. Por eso el canon 596 entiende la potestad de jurisdicción que poseen esos Institutos religiosos como una potestad más bien juxtapuesta a la potestad estatutaria común, de la que gozan tanto esos como todos los demás Institutos de vida consagrada.

La diferencia entre las organizaciones jerárquicas y las Asociaciones está, pues, en que mientras en las primeras la *sacra potestas,* en cuanto potestad de jurisdicción o de régimen, estructura intrínsecamente al cuerpo social correspondiente, las Asociaciones tienen una potestad de naturaleza distinta, y, en el caso de los Institutos religiosos clericales que tienen, además, potestad de jurisdicción, se trata más bien de una potestad yuxtapuesta y, por tanto, en cierto modo extrínseca respecto a la naturaleza propia de esas instituciones.

De todo ello se deduce cuál es el diverso régimen jurídico que rige en las estructuras jerárquicas y en las Asociaciones. Mientras las primeras están sometidas sin más al Derecho Canónico universal o particular que tiene su origen en la potestad de jurisdicción de la Autoridad Eclesiástica, las segundas están reguladas por un Derecho propio de carácter estatutario cuyo origen se reconduce en definitiva a la autonomía de la voluntad –como reconoce explícitamente, para las asociaciones privadas el canon 323–, con todos los matices que hubiera que

tener en cuenta en relación con las Asociaciones públicas erigidas por la Autoridad eclesiástica[9].

5. Otro criterio diferenciador está en relación con el acto de constitución de las estructuras jerárquicas y de las asociaciones. Las estructuras jerárquicas son erigidas siempre por la Autoridad Eclesiástica Suprema, y ello no sólo en el caso de las estructuras de ámbito universal sino también en el caso de las Iglesias particulares (canon 373).

En cuanto a las asociaciones, el Código distingue entre las asociaciones privadas, que se constituyen por la voluntad de los socios (canon 299 § 1), y las asociaciones públicas, que han de ser erigidas por la autoridad eclesiástica competente (canon 301). Sin embargo, en este último caso de las asociaciones públicas no es necesario que intervenga la Santa Sede más que cuando se trate de asociaciones de ámbito universal e internacional (canon 312).

Hay que añadir, además, que mientras las estructuras jerárquicas se erigen ordinariamente a través de una Constitución Apostólica, el procedimiento previsto por el C.J.C. para erigir las Asociaciones es el decreto formal (cánones 313, 579, 589).

6. Finalmente otro criterio que quiero mencionar es el referente a la distinta forma de incorporación de los miembros en las estructuras jerárquicas y en las asociaciones.

Los modos de incorporación a las estructuras jerárquicas pueden ser muy variados, atendiendo a la naturaleza territorial o no de la organización de que se trate. Cuando se trata de organizaciones territoriales la adscripción normal será a través del domicilio o cuasidomicilio (canon 107).

Cuando se trata de organizaciones de ámbito personal las formas de incorporación pueden ser muy diversas, e intervienen criterios que van desde la libre elección por un acto de voluntad a otros que pueden basarse en circunstancias relativas al rito, la nacionalidad, la lengua, la profesión, etc. Otras veces, la in-

9. En el texto se califica de potestad estatutaria a la que existe en el seno de las Asociaciones, y se hace referencia a la naturaleza estatutaria del derecho asociativo. Me parece preferible esa denominación a la de potestad dominativa, cuya naturaleza jurídica es controvertida en. el actual Derecho Canónico.

Pero conviene observar que, a pesar del intento delimitador del canon 94 del ClC, el concepto de estatutos puede tener también un sentido amplio.

En este sentido, además de las asociaciones, las estructuras jerárquicas pueden tener también estatutos. Sin embargo, existe una diferencia de hecho entre ambos. En efecto, mientras en las asociaciones los estatutos proceden en principio de los mismos socios y la Autoridad Eclesiástica se limita a reconocerlos (canon 299 § 3) o aprobarlos (canon 314 y 322 § 2), en las estructuras jerárquicas los estatutos son dados *(condita)* por la misma Autoridad eclesiástica que las erige (v.g. canon 295 § 1).

corporación a estas estructuras jerárquicas personales pueden depender a la vez de un acto de voluntad y de una determinada condición o circunstancia, como cuando se permite un cambio de rito (canon 112) o se permite que quien posea la condición de militar opte entre el libre sometimiento a la jurisdicción del ordinario del lugar o del Ordinario castrense (Constitución Apostólica *Spirituali militum curæ,* IV, 3.°).

Con respecto a las asociaciones, la forma de incorporarse será ordinariamente a través de un acto de voluntad, cuya naturaleza jurídica deberán determinar los estatutos de la asociación (canon 307).

7. El análisis de estos criterios permite diferenciar, efectivamente, la naturaleza de las estructuras jerárquicas de la Iglesia y aquellas otras que no lo son, como es el caso de las Asociaciones. Sin embargo, también permite comprobar cómo no se pueden hacer fáciles simplificaciones, estableciendo una separación tajante entre unas y otras. De hecho, como hemos visto, pueden existir también elementos comunes a las estructuras jerárquicas v a las asociaciones, pues no en vano también las asociaciones de fieles se constituyen para realizar los fines y la misión propia de la Iglesia, y son signo y manifestación en ese sentido de la *communio* en que la Iglesia consiste[10]. En ciertos casos, como ocurre con las asociaciones públicas, también la propia Autoridad Eclesiástica puede hacer uso de los cauces jurídicos que proporciona el Derecho asociativo para perseguir fines que, estando por naturaleza reservados a la Jerarquía, son más bien propios de las estructuras jerárquicas. Por ello es necesaria la misión canónica que se les da al erigirlas.

Igualmente, un elemento tan propio y característico de la Organización jerárquica de la Iglesia como es la *potestas jurisdictionis seu regiminis* puede estar presente también en cierto tipo de Asociaciones que, como los Institutos religiosos clericales de Derecho pontificio, pueden necesitarla por razones que, aun siendo extrínsecas a los fines del Instituto en cuanto tal, derivan del tipo de miembros y de las actividades que pueden desarrollar en servicio de la Iglesia.

Todo ello pone también de manifiesto la inmensa gama de posibilidades que se abren al Derecho asociativo y la diversa entidad y cualidad de las asociaciones reguladas por el Derecho Canónico. Por lo demás, la naturaleza asociativa de ciertas entidades como los Institutos de vida consagrada, y especialmente los Institutos religiosos, debe ser matizada por el hecho indudable de constituir un estado Canónico peculiar que los constituye en Asociaciones particularmente cualificadas.

10. *Apostolicam Actuositatem,* n. 18.

De otra parte, también la Iglesia jerárquica puede estructurarse de muchas maneras, siempre que se respeten las exigencias del Derecho Divino. Las estructuras jerárquicas de la Iglesia se han de organizar teniendo en cuenta las circunstancias de los tiempos y lugares, y atendiendo especialmente a la *salus animarum* que es el criterio definitivo y último de todas las normas e instituciones canónicas.

Con esas condiciones, la Autoridad competente de la Iglesia, y en último término la Suprema Autoridad, deberá discernir los modos y formas más apropiados que debe adoptar la organización eclesiástica para llevar a cabo con eficacia la Pastoral y el apostolado. Y no debe olvidarse que el Espíritu Santo señala a veces nuevos caminos en el Pueblo de Dios, que exigen un proceso continuo de renovación y reforma –de estructuras y de mentes–, que afecta también a la organización e instituciones de la Iglesia.

Los criterios a que me he referido para diferenciar las estructuras jerárquicas de las asociaciones no responden a un rígido esquematismo escolástico, que contrastaría con la riqueza de situaciones, elementos y circunstancias que se encuentran en la realidad de la vida de la Iglesia. Una característica del Derecho Canónico es la elasticidad y flexibilidad propia de sus normas e instituciones. Gracias a ella, el Misterio de la Iglesia ha podido desplegarse a lo largo de la Historia, y el Derecho ha cumplido también su función como elemento constitutivo intrínseco del Misterio.

4

EL RÉGIMEN DE LA DIÓCESIS EN SITUACIÓN DE SEDE IMPEDIDA Y DE SEDE VACANTE*

El objeto de mi estudio se refiere a aquel conjunto de situaciones jurídicas que se presentan cuando la diócesis no se encuentra sometida al régimen jurídico normal de sede plena, sino que por diversas razones o circunstancias está sometida a un régimen que, debido en principio a su provisionalidad, cabría calificar de excepcional o extraordinario; si bien es cierto que, como muestran también los hechos, para algunas diócesis tal régimen tiene un carácter permanente que dista mucho de esa provisionalidad. Pero, en principio, puede decirse que la situación normal de una diócesis es la de sede plena; y del régimen jurídico previsto por el ordenamiento para esa situación no me voy a ocupar en esta exposición.

Siguiendo el esquema codicial, la materia objeto de estudio puede sistematizarse en torno a dos situaciones jurídicas fundamentales: la de sede impedida y la de sede vacante. Ambas presentan modalidades y características diferentes a las que voy a referirme por separado según son contempladas en el Código de 1917 y en las posteriores reformas que, como consecuencia del Vaticano II, se han producido en la legislación postconciliar. Haré también unas breves referencias al estado de la cuestión en los esquemas y trabajos publicados por la Pontificia Comisión para la reforma del Derecho Canónico.

(*) Publicado en Ius Canonicum XXI, 42 (1981) 607-621.

Antes de pasar al estudio de la sede impedida y vacante según el ordenamiento vigente, conviene referirse a los principios generales que gobiernan esta materia, con independencia de las distintas modalidades históricas que esta regulación ha asumido y puede seguir asumiendo.

Tales principios pueden resumirse diciendo que, a falta de una expresa prescripción del Derecho Divino para regular estas situaciones, es el Romano Pontífice como Cabeza de la Iglesia Universal, con potestad ordinaria e inmediata sobre todas y cada una de las Iglesias particulares, a quien corresponde disponer lo más adecuado y conveniente para el gobierno de una diócesis cuando se halla en sede impedida o vacante, ya sea asumiendo él mismo el gobierno de la diócesis (ordinariamente a través de la figura del Administrador Apostólico), ya sea disponiendo la normativa específica por la que otras instituciones u oficios puedan hacerse cargo de ese gobierno diocesano. A ninguna otra autoridad (a salvo siempre la que pudiera tener el Colegio Episcopal que, en todo caso, siempre debería ejercerse con su Cabeza y bajo su Cabeza), corresponde tal competencia por Derecho Divino.

La necesidad de proveer a situaciones muy diversas por razón del tiempo, del lugar o de otras circunstancias, ha hecho que se haya producido una evolución histórica con diversas vicisitudes, que al final se han decantado en el capítulo VII, parte I, sección II, del libro II del Código de Derecho Canónico. En este capítulo se prescribe lo fundamental acerca de la materia. Vamos a tratar, pues, de describir su contenido, refiriéndonos en primer lugar a la sede impedida, y posteriormente a la sede vacante.

1. El régimen de la diócesis en situación de sede impedida

Se trata de aquella situación en la que el Obispo conserva su jurisdicción sobre la diócesis, pero, por diversas razones tipificadas en el Código, no puede ejercerla, haciéndose necesario proveer a un modo de suplencia hasta tanto se remuevan la causa o causas que han interrumpido dicha jurisdicción.

El canon 429 se refiere a cinco tipos de razones por las cuales puede producirse el impedimento, que la doctrina resume en dos motivos: los de índole física y los de índole jurídica. Dentro de los primeros cabe incluir los del parágrafo 1º del citado canon, es decir, el cautiverio, la relegación, el destierro y la inhabilidad del Obispo; mientras que naturaleza y efectos diversos tienen los enumerados en el parágrafo 5º del mismo canon: cuando el Obispo incurre en censura de excomunión, entredicho o suspensión. Dada la distinta naturaleza de estas razones, el Código regula de manera diversa sus efectos en relación con la persona

o institución que deberá hacerse cargo del gobierno de la diócesis mientras dura la situación de sede impedida. Siendo éste el principal problema práctico que se plantea, el recurso al Derecho histórico puede ayudarnos a entender mejor las soluciones adoptadas por el Derecho vigente.

El Derecho de las Decretales contemplaba dos casos. En primer lugar, equiparándolo al caso de muerte, el caso en que el Obispo era reducido a prisión o cautiverio por infieles o cismáticos. En este caso, la administración de la diócesis pasaba a manos del Cabildo catedralicio, el cual tenía obligación de ponerlo cuanto antes en conocimiento de la Santa Sede para lo que ésta tuviera a bien disponer[1]. En base a una resolución de la Sagrada Congregación Consistorial *(c. Hiberniæ,* de 7 de agosto de 1863), la doctrina sostenía que, para que se diese la situación de sede impedida, era necesario que el Obispo no pudiese comunicar con sus diocesanos ni siquiera por carta[2]. Dada la equiparación con el caso de muerte, la doctrina común entendía también que quedaba en suspenso la jurisdicción del Vicario General[3].

El segundo caso contemplado en las Decretales se refiere a la inhabilidad del Obispo, que comprende a su vez dos supuestos: la incapacidad por demencia, y la incapacidad por vejez o por grave enfermedad incurable. En el primer supuesto de demencia, el Cabildo tenía facultad para nombrar uno o dos coadjutores del Obispo que pudiesen ejercer su oficio. En el supuesto de senilidad o grave enfermedad incurable, si el Obispo se negaba a tener coadjutor a petición del Cabildo, éste habría de limitarse a ponerlo en conocimiento de la Santa Sede[4].

Un tema muy debatido por la doctrina fue el de la permanencia o no del Vicario General en su oficio cuando se producían esos casos de sede impedida. La Santa Sede fue inclinándose por su permanencia en el oficio, y que él mismo

1. *«Si episcopus a paganis aut schimaticis capiatur, non archiepiscopus, sed capitulum, ac si sedes per mortem vacaret illius, in spiritualibus et temporalibus ministrare debebit, donec eum libertati restitui, vel per sedem apostolicam, (cuius interest ecclesiarum providere necessitatibus) super hoc per ipsum capitulum quam cito commode poterit consulendam, aliud contigerit ordinari».* C. 3, *de supplenda negligentia praelatorum,* I, 8, *in VI* (ed. Friedberg 1959).

2. Vid. Benedicto XIV, *De Synodo dioecesana,* 1. XIII, cap. 16, n. 11, Ferrariae 1760, 391-392.

3. Así piensan, entre otros autores, Reiffenstuel, Barbosa, Fagnano, etc. Cfr. Wernz –Vidal, Ius Canonicum, II, n. 704 (ed. altera), Romae 1928, 755.

4. *«Si vera episcopus demens fuerit, et quid velit aut nolit exprimere nesciat vel non possit: tunc eius capitulum, vel duæ ipsius partes eadem auctoritate unum aut duos coadiutores assumant idoneos, qui eius officíum esxequantur. Si autem episcopus, senio aut incurabili morbo gravatus vel perpetuo impedimento detentus, ad sui exsecutionem officii reddatur inutilis, et coadiutorem assumere vel habere noluerit, licet a capitulo requisitus proprio, se illius non indigere suffrágio· forsitam asserendo: tunc nil per cappitulum episcopi et ecclesiæ suæ conditionem et statum, ac facti circunstantias universas, quam cito poterit, fideliter et explicite referat ad notitiam dictæ sedis, recepturi humiliter et efficaciter impleturi quod super hoc per sedem ipsam contigerit ordinari».* C. unic. *De clerico ægrotante vel debilitato,* III, 5, in VI (ed. Friedberg 1959).

u otra persona designada por el Obispo fuesen quienes se hiciesen cargo del gobierno de la diócesis antes que la jurisdicción pasase al Cabildo de Canónigos[5]. Esta sería la solución que el Código adoptaría después.

Las Decretales no contemplaron el caso de la sede impedida por una censura infligida al Obispo. Sin embargo, la doctrina entendió que en este caso el oficio de Vicario General quedaba también en suspenso, debiéndose recurrir a la Santa Sede[6].

Así fue cómo se llegó a las soluciones adoptadas por el canon 429 del Código de 1917. Como antes se decía, en este canon se contemplan dos tipos de motivos. El primer tipo comprende la sede impedida por cautiverio, relegación, destierro o inhabilidad del Obispo. En este caso, salvo que la Santa Sede disponga otra cosa (nombrando, por ejemplo, un Administrador Apostólico), el orden de prelación para sustituir al Obispo es el siguiente: el Vicario General u otro Eclesiástico en el que el Obispo hubiese delegado (por lo demás, el Obispo está facultado para nombrar varios delegados que mutuamente se sucedan en el cargo); sólo en el caso de faltar todos éstos o encontrarse. También impedidos, el Cabildo catedral puede nombrar su Vicario, que asumirá el gobierno diocesano como Vicario Capitular.

El otro tipo de motivos se refiere a la sede impedida por excomunión, entredicho o suspensión del Obispo. En este caso, el Vicario General no puede sustituirle puesto que su jurisdicción corre la misma suerte que la del Obispo, según el canon 371. Por otra parte, el Obispo tiene prohibido nombrar delegados en virtud de los cánones 2264, 2275 Y 2279, que contemplan las consecuencias penales de los que incurren en esos tipos de censuras. Por ello, el Código establece que el Metropolitano competente debe recurrir a la Santa Sede para que ésta provea, en el supuesto, que la doctrina considera difícil, de que la Santa Sede no tuviera ya conocimiento del asunto[7].

5. Cfr.Wernz-Vidal, *Ius Canonicum*, II, cit. n.705; 756. En época más reciente, con motivo de la Revolución de Méjico en 1914, la S. C. Consistorial anuló las elecciones hechas por los Cabildos de algunas diócesis mejicanas, que habían designado Vicario Capitular por hallarse la sede impedida, en lugar de que el gobierno de la diócesis pasase a manos del Vicario General (Cfr. AAS 6 (1914) 698).

6. Entre otros Fagnano, Leuren, Zallinger. Cfr. Wernz–Vidal, Ius Canonicum, cit. n. 704, 756.

7. *Ibid*. n. 706, 757.

2. El régimen de la diócesis en situación de sede vacante

En este caso no se trata de una simple interrupción o suspensión en el ejercicio de la potestad de jurisdicción del Obispo titular del oficio, sino de la pérdida total de su jurisdicción debida a uno de los siguientes casos tipificados por el canon 430 del Código: la muerte, la renuncia aceptada por el Romano Pontífice, el traslado de sede y la privación intimada al Obispo.

También ahora conviene hacer unas breves consideraciones históricas.

En los primeros siglos, la administración de las diócesis en situación de sede vacante correspondía al Presbiterio, pues lógicamente el Colegio de los presbíteros era la institución cuyos miembros se encontraban más próximos al Obispo y al Gobierno de la diócesis y, en consecuencia, los más capacitados para sustituirle en los momentos en que el Obispo faltase.

Posteriormente, a partir del siglo IV, debido a los frecuentes problemas que surgían en las diócesis, se inició una intervención de los Metropolitanos a través del nombramiento de *Interventores* o *Visitatores,* a quienes se encomendó la administración diocesana juntamente con el Colegio presbiteral. En otros casos, como ocurría en la diócesis de Roma, eran los presbíteros más destacados e influyentes los que se hacían cargo del gobierno de la diócesis.

A partir del siglo VIII fue creciendo la autoridad de los Cabildos catedralicios que, poco a poco, fueron haciéndose cargo del gobierno de las sedes vacantes en lugar de los visitadores nombrados por los Metropolitanos. En el siglo XII esta praxis se hizo común y un poco más tarde fue recogida por las Decretales. El Cabildo solía ejercer su gobierno recurriendo a distintos procedimientos: unas veces en forma colegial, otras veces por turno, y otras finalmente a través de vicarios delegados (los Vicarios Capitulares posteriores), cuya potestad se ejercía al arbitrio del Cabildo en cuanto a su extensión y a su posible revocación[8].

Esta posición prevalente del Cabildo no estuvo exenta de abusos, y como consecuencia de ello el Concilio de Trento (ses. XXIV, cap; 16 de ref.) estableció la necesidad de elegir Vicario Capitular, en el plazo de ocho días. Si pasado ese plazo no era elegido, se devolvía la elección al Metropolitano, o al Obispo sufragáneo más antiguo cuando se hallase vacante la sede metropolitana.

Esta disciplina fue extendida por Benedicto XIV a los Vicariatos Apostólicos y, con algún complemento añadido por Pío IX en la Constitución «*Romanus Pontifex*» de 28 de agosto de 1876, pasó sustancialmente al Código de 1917[9].

8. Benedicto xiv, De *Synodo dioecesana,* cit. 1. II, cap. 9, n. 2, 56-57.
9. Wernz–Vidal, o.c. n. 708, 758-59.

El Código señala en el canon 430 las cuatro razones por las que puede vacar una diócesis (muerte del Obispo, renuncia aceptada por el Romano Pontífice, traslado, y privación intimada al Obispo) y se refiere posteriormente a las distintas consecuencias a que puedan dar lugar según cuál de ellas sea la causa de la vacante. El principio general que prescribe el régimen del gobierno diocesano en sede vacante se señala en el canon 431,1, en virtud del cual «si no tiene Administrador Apostólico o la Santa Sede no ha dispuesto otra cosa, el gobierno de la diócesis pasa al Cabildo Catedralicio».

Vamos a comentar por separado las disposiciones de ambos cánones.

En relación con el canon 430, un problema que se presenta es el de si, cuando la vacante se produce por renuncia del Obispo aceptada por el Romano Pontífice, tal aceptación necesita de su notificación para que la vacante se produzca. El parágrafo 3º del citado canon establece que «en el plazo de cuatro meses a contar desde la fecha en que el Obispo recibió noticia cierta de su traslado, debe partir para su nueva diócesis y tomar posesión canónica de ella». Parece, por tanto, que esta disposición circunscribe la necesidad de la notificación al caso de la vacante por traslado, sin que se mencione el caso de la renuncia.

Sin embargo, en contra de la opinión favorable a la no necesidad de la notificación se encuentra el canon 190,1, que establece el principio general según el cual para la vacancia de un oficio se requiere, además de la aceptación de la renuncia, que le haya sido notificada al renunciante.

Los partidarios de la no necesidad de la notificación podrían seguir arguyendo que, en el caso de sede vacante, se trataría de una excepción al principio general del canon 190,1. Pero tal interpretación encuentra aún mayores dificultades después de la promulgación gel Motu Proprio «*Cleri sanctitate*» de 11 de junio de 1957, por virtud del cual: «La sede episcopal vaca por la muerte del Obispo, por renuncia expresa, aceptada por el Romano Pontífice después que al renunciante se le notificó la aceptación». Aunque la legislación oriental no obliga a la Iglesia latina, sí –son aplicables las reglas generales de interpretación señaladas en el canon 18, y el consiguiente recurso a la analogía que favorecería la opinión favorable a la necesidad de la notificación.

Otro punto a resaltar se refiere al caso de traslado. El canon 430,3 establece una modalidad según la cual la vacancia de la sede sólo se hace plena (*«plene vacat»*) cuando el Obispo que ha sido trasladado ha tomado posesión canónica de su nueva sede; mientras tanto, desde que se le notificó su traslado, el Obispo adquiere la potestad y asume las obligaciones del Vicario Capitular en su antigua diócesis, cesando completamente la potestad del Vicario General. Lo cual significa que el gobierno de la diócesis no pasa al Cabildo catedralicio hasta el

momento en que el Obispo trasladado haya tomado posesión de la diócesis *ad quem;* y ello siempre que la Santa Sede no haya dispuesto otra cosa, por ejemplo, como no es infrecuente, nombrando un Administrador Apostólico.

Por tanto, para que se dé la plena vacancia de la diócesis y pueda entrar en juego el principio general del canon 431,1, es decir, el paso del gobierno diocesano al Cabildo catedralicio, es necesario: 1º) Que la Sede vacante no tenga ya un Administrador Apostólico que la gobierne (cosa que puede ocurrir cuando vaca, por ejemplo, por muerte, si en ese momento de la muerte estaba siendo gobernada por un Administrador Apostólico); 2º) Que la Santa Sede no disponga otra cosa (canon 431,1); 3º) En el caso de traslado, que el Obispo trasladado haya tomado posesión de su nueva sede y por tanto haya dejado de cumplir en la antigua las funciones de Vicario Capitular.

3. El Cabildo catedralicio y el Vicario Capitular en sede vacante

De acuerdo con el principio general del citado canon 431,1, el gobierno de la sede vacante, en defecto de Administrador Apostólico que la rija, pasará ordinariamente al Cabildo catedral.

Con esta disposición el Código de 1917 se limitó a conservar una de las funciones que tradicionalmente tenía tan venerable institución y que el mismo Código recoge también en el canon 391,1 cuando describe dichas funciones: «El Cabildo de canónigos… es un colegio de clérigos instituido con el objeto de que tribute a Dios un culto más solemne en la Iglesia, y tratándose del Cabildo catedral, para que, de conformidad con los sagrados cánones, ayude al Obispo como su senado y consejo, y mientras vaca la sede, le supla en el gobierno de la diócesis». Por tanto, además del culto divino, función principal de todos los Cabildos canonicales, sean de Catedral o de Colegiata, a los Cabildos catedralicios corresponden otras dos funciones relacionadas con el gobierno de la diócesis: actuar como consejo o senado del Obispo y suplirle cuando se halle vacante la sede.

De este modo, por representar de algún modo a toda la diócesis y por ser una porción especialmente cualificada de su clero, los canónigos catedralicios asumieron esta importante función, que se fue imponiendo progresivamente, mediante una praxis que terminó siendo aprobada por la Santa Sede, a reserva de que ésta no quisiese hacer uso de su mejor y principal Derecho a intervenir proveyendo otra cosa para el gobierno diocesano.

Para evitar los abusos a que unas facultades de gobierno, en principio plenamente discrecionales, pudieran dar lugar, el Concilio de Trento sancionó la

disciplina antes indicada, según la cual el Cabildo debería elegir, en el plazo de ocho días, un Vicario Capitular que la rigiese en su lugar.

Esta disciplina pasó después al canon 432 del Código de 1917. De este modo, la figura del Vicario Capitular pasó a protagonizar, junto al Cabildo de canónigos, el sistema ordinario previsto en el Derecho pos tridentino para el régimen de la diócesis en sede vacante.

El Código dedica varios cánones a regular el procedimiento y forma para su elección, el ámbito de su potestad, y los derechos y obligaciones del Vicario Capitular. Trataré de resumir brevemente su contenido.

La elección se ha de llevar a cabo mediante un acto capitular y para su validez se requiere mayoría absoluta de votos, descontados los votos nulos (c. 433,2). Sólo puede ser nombrado un Vicario Capitular de otro modo la elección sería nula; pero una misma persona puede ser designada para los cargos de Vicario Capitular y de Ecónomo (c. 433,3), cargo este último que debe designarse también, junto al de Vicario Capitular, si en la diócesis hay frutos que percibir (c. 432,1). Para poder ser elegido Vicario se requiere ser sacerdote y no haber sido elegido, nombrado o presentado para Obispo de aquella sede vacante (c. 434,1); sin embargo, no es necesario que sea miembro del Cabildo [10].

El Vicario Capitular adquiere la jurisdicción de la diócesis una vez hecha la profesión de fe, sin necesidad de posterior confirmación (c. 438). El ámbito de esta jurisdicción se extiende tanto a los asuntos espirituales como a los temporales que corresponden a la potestad ordinaria del Obispo diocesano, pero el Derecho le prohíbe expresamente una serie de actos (c. 435,1): en primer lugar no podrá realizar aquellos actos que por razón del sacramento del Orden están reservados al Obispo; en segundo lugar, tampoco puede realizar aquellos que le están expresamente prohibidos en diversos cánones del Código (v.g. cánones 113; 357,1; 406,1; 454,3; 455,2; 492,1, etc.), especialmente aquellos que puedan acarrear algún perjuicio a la diócesis o a los derechos episcopales (c. 435,1 y 3) [11].

El principio fundamental que ha de regir el ejercicio de su jurisdicción es el principio tradicional, recogido en el canon 436: *«Sede vacante, nihil innovetur»*. La interpretación correcta de este principio exige ponerlo en relación con su contexto y, por tanto, con los cánones antes citados (especialmente el canon 435), que tratan de acotar el ámbito de esa jurisdicción. En este sentido, es evidente que las innovaciones prohibidas al Vicario Capitular (también al Cabildo cate-

10. La S. C. del Concilio juzgó conveniente en algunas ocasiones que el Vicario Capitular fuese elegido entre los miembros del Cabildo. Vid. Sebastianelli, G., *Praelectiones Iuris Canonici, De Personis*, n. 221, Romæ 1896, 252-253.

11. Vid. lo que se dice enseguida acerca del contenido del parágrafo 3º de este canon.

dralicio, antes del nombramiento de Vicario, cuando asume transitoriamente el gobierno de la sede vacante) han de referirse efectivamente a los actos cuya ilicitud expresa el canon 435,3 en los siguientes términos literales: «*Vicario Capitulari et Capitulo non licet agere quidpiam quod vel dioecesi vel episcopalibus iuribus præiudicium aliquod afferre possit*».

Es decir, se trata de actos que prejuzguen la actividad posterior del Obispo en la diócesis y pueden condicionar su actuación; además, evidentemente, de aquellos que perjudiquen o puedan perjudicar a la diócesis misma, entre los cuales podrían citarse la provisión de beneficios vacantes (incluidos los de libre colación), la enajenación de bienes, la supresión o modificación de oficios, etc.

Pero parece lógico que la prohibición de innovar no se refiera a aquellas actividades que se presume resultarán beneficiosos para la diócesis y que pueden presentarse durante la situación de vacancia, pues tales actuaciones vendrían exigidas por el bien común diocesano, principio supremo al que estaría también subordinado el principio que ahora comentamos: «*Sede vacante, nihil innovetur*».

En todo caso, cuando el nuevo Obispo haya tomado posesión de la diócesis, deberá tomar cuenta de cómo han desempeñado sus cargos y oficios a las personas que han gobernado la diócesis durante el período de sede vacante, especialmente al Cabildo, al Vicario Capitular y al Ecónomo, así como a los demás oficiales nombrados mientras vacó la sede. A esta obligación de tomar cuenta del modo como se ha ejercido la jurisdicción, se añade la facultad del Obispo de castigar con las sanciones convenientes a quienes hayan delinquido en su oficio o administración (c. 444,1).

Además de las atribuciones que el Código otorga al Vicario Capitular, su potestad queda reforzada por la prohibición hecha al Cabildo de retener para sí ninguna parte de la jurisdicción, ni fijarle el tiempo que ha de conservar el cargo, ni señalarle otras restricciones (c. 437); prohibición que nos evoca los abusos cometidos por el Cabildo en otras épocas históricas[12], cuando su gobierno se ejercía discrecionalmente por sí o por su Vicario, y a los que el Código pretende poner coto mediante esta limitación de los poderes capitulares.

Por otra parte, se reserva a la Santa Sede la facultad de remover al Vicario y al Ecónomo, pero éstos pueden presentar en cualquier momento su renuncia al Cabildo, sin que sea necesaria para su validez que éste la acepte (c. 443,1).

12. A ellos se refieren las resoluciones de las Sagradas Congregaciones de Obispos y Regulares (marzo de 1809), y del Concilio (1 diciembre de 1736) y la Constitución «*Romanus Pontifex*» (28 de agosto de 1873), de Pío IX. Vid. Gasparri– Seredi, *Codicis Iuris Canonici fontes*, 4, 1892; 5, 3465; 3, 565; Romæ 1951 y 1943.

Con tales restricciones quedan indudablemente muy disminuidas algunas facultades de las que tan venerable institución colegial llegó a gozar en pasadas épocas históricas, y que manifiestan la extensión que llegó a alcanzar su poder.

Finalmente, entre las obligaciones del Vicario Capitular se encuentra la de residir en la diócesis y la de aplicar la Misa por el pueblo (obligación esta última de la que estaban exentos antes del Código (c. 440); entre sus derechos se cuenta el de percibir parte de las rentas de la mesa episcopal o de otros emolumentos (c. 441).

En resumen, de todo lo dicho se infiere la importancia que el Cabildo catedralicio y su Vicario tienen en el sistema codicial que regula el régimen diocesano de sede vacante, importancia que, como veremos enseguida, puede desaparecer en el futuro a favor de otras instituciones y oficios, a cuyo estudio dedicaré la última parte de mi exposición.

4. Innovaciones legislativas postconciliares. Los Obispos Auxiliares en sede vacante

La legislación postconciliar no ha tratado expresamente de la sede impedida y vacante, pero sí lo ha hecho indirectamente, al referirse a algunas personas y oficios, especialmente al tratar de la figura de los Obispos Auxiliares.

El canon 355 del Código se refería a la situación del Obispo Coadjutor y Auxiliar en el caso de vacancia de la sede, estableciendo que, mientras el Coadjutor con Derecho de sucesión, tan pronto como vaque la sede, queda constituí do Ordinario de la diócesis para la que fue nombrado, el Auxiliar en cambio cesaba en su oficio al expirar el cargo del Obispo, a no ser que la Santa Sede determinase otra cosa. De este modo, la duración del cargo de Obispo Auxiliar corría la misma suerte que la del Obispo diocesano.

Este canon ha sido modificado expresamente por el Derecho postconciliar, a resultas también de lo establecido en el Decreto *Christus Dominus* del Vaticano II.

Efectivamente, es sabido que en el citado Decreto la figura del Obispo Auxiliar adquiere mayor realce e importancia que la que tenía en el Código, cuestión de la que se hace eco el Motu Proprio *Ecclesiæ Sanctæ* de 6 de agosto de 1966[13], formulando en el n. 13,1 los principios más importantes que hay que tener en cuenta cuando se trate de los poderes que se han de atribuir al Obispo Auxiliar; tales principios son: «El bien pastoral de la grey del Señor, la unidad de gobierno en la dirección de la diócesis, la condición de miembro del Colegio Episcopal de

13. AAS 58 (1966) 757-787.

la que está investido el Auxiliar, así como la eficaz colaboración con el Obispo diocesano» [14].

Según el Decreto *Christus Dominus,* los Obispos Auxiliares, «si en las letras de nombramiento no se dijere nada» habrán de ser nombrados por el Obispo diocesano Vicarios Generales o, al menos, Vicarios Episcopales, dependientes únicamente de su autoridad» [15].

En relación con la suerte de su oficio en sede vacante, el *Christus Dominus* se refiere a dos puntos que suponen una innovación respecto al Derecho codicial. En primer lugar, establece que las atribuciones de los Obispos Auxiliares no expiran con la cesación en el oficio del Obispo diocesano, a no ser que la autoridad competente determine otra cosa [16]. Criterio que se justifica por la Comisión que elaboró el Decreto «a fin de que no aparezcan capitidisminuidos ante los fieles y para que no sufra daño el bien común de la diócesis» [17].

En segundo lugar, dispone el Decreto conciliar «que es también de desear que al vacar la sede se confiera al Obispo Auxiliar o, si son varios, a uno de ellos, la función de regir la diócesis, a no ser que graves razones aconsejen lo contrario» [18]. De este modo, el Concilio no se atreve a imponer preceptivamente este criterio a fin de no privar al Cabildo catedralicio de su Derecho a nombrar Vicario Capitular [19], pero expresa una recomendación, tratando de favorecer la dignidad episcopal del Auxiliar y la continuidad del gobierno diocesano [20].

Estas disposiciones conciliares son recogidas más tarde en el Motu proprio *Ecclesiæ Sanctæ,* I, n. 13,3, que acoge expresamente el deseo del Concilio «de que en caso de sede vacante se confíe el régimen de la diócesis por quienes tienen este Derecho al Auxiliar, o, en el caso de que fueran varios, a uno de los Auxiliares»; y disponiendo también que «a no ser que la Autoridad competente estableciera otra cosa para un caso determinado, durante la sede vacante no pierde los

14. Sobre la figura del Obispo Auxiliar, vid. Delgado, G., *Los Obispos Auxiliares,* Pamplona 1979.

15. *Christus Dominus,* n. 26.

16. *Ibid*.

17. *«Ne appareant fidelibus capiti diminuti, neque bonum commune ullum detrimentum capiat». Schema decreti de pastorali episcoporum munere in Ecclesia. Textus emendatus et relationes.* Typis poliglottis Vaticanis, 1964, 69.

18. *Christus Dominus,* n. 26.

19. Así se hace notar por la Comisión conciliar que elaboró el Decreto sobre los Obispos: *«Desiderium autem plurium Patrum, ut Episcopi Auxiliares fiant Vicarii Capitulares, satisfaciendum non esse censuit Commisio de Episcopis, ne ius Capituli cathedrali auferatur». Acta Synodalia Sacrosancti Concilii Oecumenici Vaticani II,* vol. III, periodus tertia, pars II, 52, Typis Poliglottis Vaticanis, 1974.

Véase también Bézac, *Éveques coadjuteurs et auxiliaires,* en AA.VV., *La charge pastorale des éveques,* París 1969, 231-232.

20. Cfr. Souto, J., *Los cooperadores del Obispo diocesano,* en «La función pastoral de los Obispos», Salamanca 1967, 250.

poderes y facultades de que gozaba jurídicamente en la sede plena como Vicario episcopal o Vicario general. En ese caso, el Auxiliar no elegido para el cargo de Vicario Capitular gozará de la potestad que le confiere el Derecho hasta la toma de posesión del nuevo Obispo, ejerciéndola en plena concordia con el Vicario Capitular, que esté al frente del gobierno de la diócesis» [21].

Finalmente, para asegurar la continuidad del gobierno de la diócesis en sede vacante, el M.P. *Ecclesiæ Sanctæ* recomienda también que los Vicarios episcopales, que en principio cesan en su cargo al vacar la sede a no ser que sean Obispos Auxiliares, sean utilizados por el Vicario Capitular «como delegados suyos para que no sufra daño alguno el bien de la diócesis» (n. 14,5).

Tal es la situación legislativa *de iure condito.* Antes de acabar mi exposición, como indicaba al principio, vaya referirme también al planteamiento *de iure condendo,* según los trabajos de la Comisión de reforma del Código de Derecho Canónico.

5. Las propuestas de la Comisión de reforma del Código de Derecho Canónico

Las innovaciones propuestas por la Comisión de reforma del *Codex* afectan tanto al régimen de la sede impedida como al régimen de la sede vacante.

Por lo que se refiere a la sede impedida, la innovación más importante es aquella relativa a las personas que habrán de hacerse cargo del gobierno diocesano en defecto del Obispo Ordinario. La Comisión propone que el régimen de la diócesis se atribuya en primer lugar al Obispo Coadjutor con Derecho de sucesión; en defecto de éste, y por orden correlativo, al Obispo Auxiliar, al Vicario General o Episcopal, o a otro sacerote de acuerdo con el orden establecido en un elenco que debe elaborar el Obispo diocesano en cuanto haya tomado posesión de la diócesis y que ha de renovar cada tres años; finalmente, sólo cuando este elenco no exista o no sea suficiente, se procederá a la elección de un sacerdote por parte del Colegio de consultores [22].

Como se ve, el criterio de la Comisión es congruente con la revalorización de la figura del Obispo Coadjutor y del Obispo Auxiliar operada en el Concilio, pero al mismo tiempo se trata de conseguir que el gobierno diocesano se pueda

21. Por otra parte, la comisión Pontificia para la interpretación de los Decretos del Vaticano II ha respondido afirmativamente a la duda de si el canon 355,2, del *Codex* había sido derogado por el Decreto *Christus Dominus,* n. 26, y por el M. P. *Ecclesiæ Sanctæ*, I, n. 13,3. Respuesta de 25 de abril de 1975, AAS (1975) 348.

22. *Vid.* Communicationes (1973) 233-234.

atribuir también, en la medida de lo posible, conforme al deseo del Obispo de la diócesis; para ello manda que se elabore un elenco de sacerdotes escogidos *ad hoc*, el cual hará que la intervención del Colegio de consultores sea prácticamente excepcional. Esta postergación del Colegio de consultores (que sustituye ahora en esta función al Cabildo catedralicio) puede estar relacionada con las desafortunadas actuaciones históricas de los Cabildos en momentos de sede impedida, a las que ya se hizo alusión (caso de Méjico, etc.).

Mayor importancia tienen las innovaciones propuestas por la Comisión de reforma para el caso de la sede vacante. En este sentido. destaca en primer lugar la sustancial disminución que sufren las atribuciones del Cabildo catedralicio, prácticamente suprimidas del todo, salvo en el caso de aquellas diócesis en la que goza del *«ius electionis aut presentationis Episcopi instituendi»*, en las que podrá compartir juntamente con el Colegio de consultores (reunidos en un solo Colegio para esta finalidad) la elección del Administrador diocesano (nuevo nombre con el que se designa a la figura que sustituirá al actual Vicario Capitular).

Sin embargo, tampoco será el nuevo instituto del Colegio de consultores (al que no hay que confundir con los consultores diocesanos del Código vigente, sino que está constituido por un grupo de sacerdotes elegidos por el Obispo de la diócesis entre los miembros del Consejo presbiteral para tratar aquellos asuntos que, por razones de oportunidad o de urgencia, no se someten al juicio del Consejo en pleno) quien se encargue del gobierno de la diócesis antes de la elección del Administrador diocesano (como ocurre en el Derecho vigente con el Cabildo catedralicio). En este punto, la Comisión antepone también la figura del Obispo Auxiliar, al que debe pasar en primer lugar el gobierno provisional hasta tanto se designe al Administrador diocesano; si existen varios Auxiliares, se hará cargo el más antiguo; y sólo en defecto de Obispo Auxiliar, el gobierno pasará transitoriamente al Colegio de consultores[23].

El segundo punto a destacar es, como se ha indicado, la sustitución del Cabildo catedral por el Colegio de consultores para llevar a cabo la elección del Administrador diocesano. En efecto, es este organismo el que deberá ser convocado «*sine mora*» por quien provisionalmente asuma el gobierno diocesano, para que proceda a dicha elección. Se ha preferido este organismo en lugar del Consejo presbiteral, del que proceden sus miembros, quizá para facilitar la rapidez del acuerdo y de la elección, y quizá también por razones de prudencia, al tratarse de un grupo de personas especialmente cualificadas dentro del Consejo, que en vida gozaron de la confianza de su Obispo.

23. *Ibid*. 234.

Como agudamente ha observado Feliciani, la posición del Obispo Auxiliar quedará menos favorecida que en el Decreto *Christus Dominus* y que en el M.P. *Ecclesiæ Sanctæ* puesto que, de una parte, no se repite el deseo del Concilio de que la diócesis vacante se encomiende al Obispo Auxiliar, y, de otro lado, se establece que, si el Auxiliar no es elegido como Administrador diocesano, ejerza su potestad *«sub auctoritate Administratoris dioecesani»;* mientras que el M.P. *Ecclesiæ Sanctæ* se limitaba a decir que la ejerciera *«plena concordia cum Vicario Capitulari»*.

Por tanto, la Comisión ha considerado más oportuno, por un lado no prejuzgar en modo alguno la libertad de elección del Colegio de consultores, y de otro, ha querido asegurar de un modo más preciso la unidad del gobierno diocesano durante el período de sede vacante[24].

Por último, puede destacarse también corno innovación interesante del *schema* elaborado por la Comisión de reforma la prohibición de que el Administrador diocesano sea al mismo tiempo Ecónomo, en contra de lo dispuesto por el canon 433,3 del Código vigente.

24. Vid. Feliciani, G., *Il vescovo diocesano e la riforma del «Codex Iuris Canonici»*, en Aa.Vv. *Ministero episcopale e dinamica istituzionale,* Bolonia 1979.

5

LAS PRELATURAS PERSONALES*
(En el quinto aniversario de la erección del Opus Dei en Prelatura Personal)

Sumario: 1. Introducción y objeto de la exposición. 2. Las prelaturas en el Derecho histórico y en el código de 1917. 3. Las prelaturas personales en el Concilio Vaticano II. 4. Régimen jurídico de las prelaturas personales en el motu proprio «*ecclesiæ sanctæ*». 5. Las prelaturas personales en el nuevo código de Derecho Canónico. 6. El camino jurídico del Opus Dei. 7. Régimen jurídico de la Prelatura del Opus Dei. 8. La Sociedad Sacerdotal de la Santa Cruz. 9. Al servicio de la Iglesia universal y de las Iglesias particulares.

1. Introducción y objeto de la exposición

El 28 de noviembre de 1982 se hizo pública la noticia de que el Opus Dei había sido erigido por Su Santidad Juan Pablo II como Prelatura personal. El 19 de marzo de 1983 tuvo lugar el acto solemne mediante el cual, en el proceso de constitución de la Prelatura, se dio ejecución por mandato del Papa a la Constitución Apostólica *Ut sit.* El 2 de mayo de 1983 se publicó esta misma Constitución Apostólica en las *Acta Apostolicae Sedis.* Transcurridos cinco años de la serie de actos que cerraron el proceso de erección de la Prelatura, se presenta una buena ocasión para volver de nuevo sobre un tema del que los diversos medios de comunicación se hicieron eco en su momento, dedicándole algunos de ellos una amplia información que puso de manifiesto la importancia que se concedía a este hecho, y la circunstancia de que nos hallábamos ante un acontecimiento de particular relieve en la historia de la Iglesia: la inauguración de una nueva figura jurídica que parece estar llamada a desempeñar un importante papel dentro de la Pastoral eclesiástica, en aplicación del Concilio Vaticano II[1].

(*) Publicado en Studium 28 (1988) 424-443.

1. La bibliografía sobre Prelaturas personales se ha ido haciendo cada vez más abundante. Una selección de los principales estudios aparecidos hasta la actualidad puede encontrarse en

La aplicación de esta nueva figura jurídica ha servido ya para resolver la «grave cuestión institucional»[2] que tenía planteada el Opus Dei, es decir, la búsqueda de una forma jurídica que se adaptase plenamente a su espíritu y finalidad, a sus modos y estilo apostólico.

Al contemplar ahora hecho realidad aquel deseo por el que el Fundador se esforzó durante tantos años, viene inmediatamente a la memoria aquella frase del Evangelio pronunciada por el Señor en su conversación con Nicodemo: «El viento sopla donde quiere y oyes su voz, pero no sabes de dónde viene, ni a dónde va»[3] Las vicisitudes por las que ha atravesado el camino jurídico del Opus Dei hasta encontrar su definitiva configuración jurídica parecen actualizar de nuevo el valor perenne de esas palabras, y ponen también de manifiesto la continua acción del Espíritu en la Iglesia.

Cuando San Pablo describe en sus Cartas la variedad de carismas que el Espíritu distribuye para la edificación del Cuerpo de Cristo, nos damos cuenta de la inmensa riqueza de gracias espirituales con que a lo largo de los siglos se ha adornado la Iglesia, sin que la diversidad de carismas vaya en detrimento de la unidad, pues todos son dados para edificación y no para destrucción. Y el mismo San Pablo exhorta también a su ejercido aspirando a los mejores carismas, con tal de que se realice todo «con decoro y con orden»[4].

Con estas palabras el Apóstol nos hace ver la necesaria adecuación y complemento entre carisma e institución en la Iglesia, y en la misma historia de la Iglesia encontramos ejemplos de cómo esa adecuación no se halla a veces exenta de dificultades, que a la luz de la fe manifiestan también los caminos de la Providencia para que la obra de la Redención se realice en el mundo, en ese juego misterioso entre la Gracia Divina y la libertad humana.

Sirvan de introducción estas palabras para pasar ya al objeto de mi exposición, que sólo pretende ser un resumen esquemático de los principales rasgos y características de las Prelaturas personales, al hilo de los textos y documentos que a ellas se refieren. Aludiremos también a la Prelatura de la Santa Cruz y Opus Dei, hasta ahora la única institución de la Iglesia erigida como tal. Añadiría, finalmente, que en el tratamiento de la materia adoptamos un método y un

RODRÍGUEZ P., *Iglesias Particulares y Prelaturas personales*, Pamplona ²1986, 27-28; GUTIÉRREZ, J. L., *Organización jerárquica de la Iglesia*, en *Manual de Derecho Canónico*, Pamplona 1988 (en páginas bibliográficas del Capítulo).

2. Así la califica el Prelado del Opus Dei, Monseñor Álvaro del Portillo, en las Declaraciones concedidas al Diario ABC de Madrid, de 29 XI 82, 33.

3. Ioh. 3,8.

4. 1 Cor. 14,40.

enfoque preferentemente jurídicos, sin desconocer que para una visión completa del tema es necesario tener presentes también otros aspectos de la cuestión, de carácter teológico, pastoral, histórico, etc.

Antes de tratar de las fuentes más recientes, hagamos unas breves referencias al Derecho histórico y al Código de 1917.

2. Las prelaturas en el Derecho histórico y en el Código de 1917

Aunque las Prelaturas personales tal como se configuran en el Derecho más reciente son un fenómeno nuevo en el Derecho de la Iglesia, también es verdad que en la historia de las instituciones eclesiásticas podemos encontrar ejemplos de figuras semejantes, que han ido surgiendo como surgen todas las instituciones jurídicas: para dar respuesta adecuada a determinadas situaciones o problemas de carácter social o pastoral, que demandaban una determinada regulación u ordenación jurídicas.

Así, el Código de 1917 se refiere a las Abadías y Prelaturas *nullius*, como unas circunscripciones territoriales gobernadas por los que el Código denomina «Prelados inferiores», a las que se asigna un lugar sistemático en el libro II, al tratar de la Jerarquía de la Iglesia, y, en concreto, «de la Suprema Potestad y de los que de ella participan por Derecho Eclesiástico»[5]. Característica de estas Abadías y Prelaturas *nullius* es su carácter territorial, y su exención jurisdiccional respecto a los Ordinarios de las diócesis en las que se encuentran ubicados. El Código dedica diez cánones a su regulación (desde el 319 al 329), aunque advierte en el c. 329 § 2 que «la abadía o prelatura *nullius* que no conste por lo menos de tres parroquias, se rige por un Derecho singular, y no se le aplican las normas que los cánones establecen respecto de las abadías o prelaturas *nullius*».

De este modo, se recogen en el Código una serie de figuras cuyo origen es muy antiguo. Las Abadías fueron las primeras en nacer históricamente, cuando los Abades de determinados monasterios obtuvieron a lo largo de los siglos una jurisdicción similar a la de los Obispos, tanto sobre sus monjes como sobre las Iglesias vecinas al Monasterio, las personas avecinadas en lugares próximos y estos mismos lugares. Se creaba así, en torno a cada monasterio, una especie de cuasi–diócesis encomendada al Abad, como Pastor ordinario. De este tipo es, por ejemplo, la célebre Abadía de Monte Cassino, situada en la Italia central, al sur de Roma[6].

5. C.I.C. de 1917, título VII del libro II.
6. Cfr. Fuenmayor, A., *Prelaturas*, en «Gran Enciclopedia Rialp», XXV, Madrid 1987, 1563.

El fenómeno de las prelaturas *nullius* es posterior, aunque se remontan ya a la Edad Media. Se trata de unas instituciones que, a semejanza de las Abadías *nullius*, hacen referencia a aquellas partes de un territorio que se encomendaban a capítulos clericales de Iglesias seculares, para que ejerciesen jurisdicción exenta sobre las Iglesias comprendidas dentro de esa zona territorial. Al frente de ellas se ponía a un Prelado *nullius*, con jurisdicción ordinaria sobre personas y cosas comprendidas dentro del territorio exento. Estas Prelaturas se han conservado hasta hoy, e incluso se han creado recientemente algunas nuevas por razones pastorales, como cuando convenía dividir alguna diócesis demasiado grande y no se quería crear otra nueva, por ser insuficiente el número de fieles del territorio que se separaba. No obstante, la finalidad de estas prelaturas podía ser muy variada, y a ellas se recurría también para la atención de especiales grupos de fieles, o la atención a determinados apostolados específicos. Piénsese, por ejemplo, en la Prelatura *nullius* que hasta hace poco existió en España, con sede en Ciudad Real, y cuyo titular era el Obispo–Prior de las Ordenes Militares; o piénsese también en la Prelatura *nullius* con sede en Pontigny, para atender a la Misión de Francia.

Aparte del lugar y de los cánones indicados, todavía se refiere el Código de 1917 a Prelados y Prelaturas en otras ocasiones, como cuando establece en el canon 110 una distinción entre prelados con jurisdicción y prelados meramente honoríficos que carecen de toda jurisdicción, y considera que, a pesar de tal distinción, «con el nombre propio de Prelados se designan en Derecho los clérigos, ya seculares, ya religiosos, que tienen jurisdicción ordinaria en el fuero externo». Con ello se alude a una cualidad de indudable importancia práctica que va aneja al título de Prelado: la potestad de jurisdicción, que por institución divina existe en la Iglesia al servicio de su misión pastoral de carácter universal, y que dentro de ella detentan determinados oficios Eclesiásticos[7].

Además del Código, ha existido también una legislación extra–codicial, dispersa en una serie de fuentes jurídicas de diverso valor y rango, en la que se han contemplado algunas otras figuras afines a la que es objeto de nuestra exposición. Pensemos, por ejemplo, en los diversos Vicariatos Castrenses que, con una jurisdicción cumulativa con la jurisdicción ordinaria de los Obispos diocesanos, se han ido creando, mediante un Derecho singular, en las diversas naciones. Pensemos también en estructuras pastorales diversas, creadas para la atención a diversos grupos de fieles, como aquéllas para la atención del Apostolado del

7. Sobre prelaturas territoriales, además del artículo citado en la nota anterior, puede verse Dalla Torre, G., *Prelato e Prelatura*, en «Enciclopedia del Diritto», XXXIV, 1985, 973-981.

Mar, o para la atención de emigrantes, de exiliados y refugiados, etc. Todas ellas nos advierten de la heterogeneidad de las necesidades pastorales a que la Iglesia debe atender y, por tanto también, de la necesidad de crear las adecuadas estructuras jurídicas para ello. Tales estructuras se crearon en algunos casos con un carácter experimental y con la intención de someterlas a las necesarias adaptaciones, según fuese dictando la experiencia. Se comprende, pues, el carácter flexible que debían adoptar para adecuarse a circunstancias sociales o pastorales muy heterogéneas, y muy diversas entre sí.

3. Las Prelaturas personales en el Concilio Vaticano II

El análisis de los precedentes históricos de las Prelaturas personales nos permite ver cómo efectivamente se trata de una figura jurídica nueva que, en cuanto tal, no se encontraba regulada por el Derecho preconciliar, pero nos permite entender también la existencia de unas necesidades pastorales específicas que hicieron nacer figuras jurídicas afines. Por otra parte, estas figuras se aplicaron siempre con cierta flexibilidad para adaptarlas a nuevas necesidades que fueron surgiendo, y que no estaban exactamente contempladas en los supuestos originariamente previstos por las normas. Baste citar el caso de la Misión de Francia, estructurada en forma de prelatura *nullius* y destinada a proporcionar un clero especializado a las distintas diócesis de esa nación[8].

Con estos antecedentes y experiencias se llega al Concilio Vaticano II, en cuyos documentos se van a establecer por vez primera las Prelaturas personales. El texto clave se encuentra en el n. 10 del Decreto *Presbyterorum Ordinis,* al que se refiere también el Decreto *Ad Gentes divinitus*[9] sin embargo, antes de analizar este texto, conviene recordar la profunda unidad y coherencia existente entre los diversos documentos conciliares, cualidades que derivan no sólo de la asistencia del Uno y Mismo Espíritu, sino también del hecho de estar promulgados por una misma Autoridad. El Concilio, en efecto, trató de perfilar doctrinalmente diversos aspectos de la Iglesia, especialmente por medio de la Constitución Dogmática *Lumen Gentium,* que sería desarrollada a su vez por diversos Decretos y Declaraciones conciliares.

Sabido es que la *Lumen Gentium* ocupa un lugar central en el desarrollo orgánico del Concilio, y que sienta criterios que luego encontrarán en otros documentos

8. Cfr. Lombardía, P. – Hervada, J., *Sobre prelaturas personales*, Ius Canonicum 53 (1987) especialmente 20-34.

9. *Ad gentes divinitus* n. 20, nota 4 y n. 27, nota 28.

ulterior desarrollo, concreción y aplicación. Los citados Decretos *Presbyterorum Ordinis* y *Ad Gentes divinitus* lo hacen concretamente en relación con el ministerio y vida de los presbíteros, y en relación con las misiones. Una lectura orgánica de estos documentos no puede prescindir del contenido de *Lumen Gentium.*

Nos parece que bastan estas consideraciones para percatarse de que la doctrina sobre el Pueblo de Dios y sobre la universal llamada a la santidad y al apostolado, contenida especialmente en los capítulos II, IV y V de esta Constitución Dogmática, necesitaba también para su puesta en práctica de una reforma en las estructuras eclesiásticas y en el Derecho Canónico que permitiese canalizar en la vida real de la Iglesia algunas de las enseñanzas, sugerencias, e iniciativas allí proclamadas. La propia Constitución se hace cargo de esta necesidad en diversas ocasiones como, por ejemplo, cuando, refiriéndose al apostolado de los laicos, exhorta a que «se les abra por doquier el camino para que, conforme a sus posibilidades y según las necesidades de los tiempos, también ellos participen celosamente en la obra salvífica de la Iglesia» [10].

No puede extrañarnos, por tanto, que en el Decreto *Apostolicam Actuositatem* sobre el apostolado de los laicos se sugieran diversas obras e iniciativas apostólicas que los fieles pueden realizar [11]; ni tampoco puede extrañarnos que en el Decreto *Presbyterorum Ordinis,* se haga también referencia a «obras pastorales peculiares para diversos sectores sociales», para cuya finalidad se pueden constituir diversas estructuras jurídicas y, entre ellas, las Prelaturas personales.

Como ha sido puesto de manifiesto en un comentario al n. 10 del *Presbyterorum Ordinis* [12], el Concilio contempla aquí dos finalidades; de un lado «la adecuada distribución de los presbíteros», y de otro, «las obras pastorales peculiares para diversos sectores sociales que deban llevarse a cabo en alguna región o nación, o en cualquier parte del orbe». Y para servir a ambas finalidades sugiere la creación de diversas instituciones, como pueden ser «algunos seminarios internacionales, diócesis especiales o prelaturas personales y otras instituciones semejantes, a las que puedan destinarse o en las que puedan ser incardinados presbíteros, según normas que se establecerán para cada uno de los casos, y salvos siempre los derechos de los Ordinarios del lugar, para bien común de toda la Iglesia». Es, por tanto, una razón pastoral, una razón de apostolado, como literalmente afirma el Decreto (*«ubi vero ratio apostolatus postulaveri…»*), la que exige

10. *Lumen Gentium*, n. 33.

11. Vid. *Apostolicam actuositatem*; especialmente en los capítulos II (fines que hay que lograr), III (los diversos campos del apostolado) y IV (las diferentes formas del apostolado).

12. Vid. Gutiérrez, J. L., *De praelatura personali iuxta leges eius constitutivas et Codicis Iuris Canonici normas*, Periodica 72 (1983) 80-81.

que se faciliten estos dos fines genéricos a que antes aludíamos (la distribución de los presbíteros y la realización de peculiares obras pastorales), a cuyo servicio se ponen las diversas instituciones o estructuras citadas.

Se trata, como se ve, de dos finalidades muy amplias y variadas, y no cabe minimizarlas, ni restringir el campo de posibilidades apostólicas a que están abiertas, como ocurriría, por ejemplo, si se restringiese el sentido de la expresión «peculiares obras pastorales» a aquellas que, a propósito de otra cuestión, se citan en el Decreto *Christus Dominus,* n. 18, cuando se encomiendan a la solicitud particular de los Obispos determinados grupos de fieles que «no pueden gozar suficientemente del cuidado pastoral común y ordinario de los párrocos, como son la mayor parte de los emigrantes, los exilados y prófugos, los navegantes por mar o aire, los nómadas y otros por el estilo». En todo caso, estos ejemplos no serían más que algunas de estas posibilidades apostólicas y pastorales que se ofrecen como fines para la creación de las Prelaturas, a las que se abren también otros horizontes pastorales mucho más variados.

Para comprobarlo basta acudir a las Actas Conciliares y examinar los esquemas que sirvieron para la redacción del texto definitivo al que aludimos. Así en el Esquema De clericis de 22 de abril de 1963, n. 43, nota 8, se describen esas específicas obras pastorales como «peculiares apostolados sociales o intelectuales o de penetración en los diversos órdenes de la sociedad»; en el esquema *De ministerio et vita presbyterorum,* entregado a los Padres el 20 de noviembre de 1964, se habla de «peculiares obras pastorales en favor de diversos grupos sociales, como pudieran ser, por ejemplo, trabajadores manuales o intelectuales» *(«pro opificibus vel intellectualibus»)*[13].Se comprende, por tanto, que las posibilidades pastorales abiertas sean enormes, tanto por la variedad de sus contenidos, como por la extensión de las personas a que pueden afectar. Esta variedad de situaciones y circunstancias nos ayuda a comprender también por qué la regulación concreta de las Prelaturas o las instituciones semejantes que pudieran crearse, haya de hacerse, según el Concilio, «de acuerdo con normas que se establecerán para cada uno de los casos». Es decir, a través de Estatutos particulares que, respetando la normativa general, puedan adaptarse a las peculiares condiciones de cada institución. Tales normas particulares habrán de respetar, en todo caso, «los derechos de los Ordinarios del lugar».

13. Cfr. Schema *De clericis,* 22 abril, 1963, n. 43, nota 8, en *Acta Synodalia,* III, IV, 845; Schema *De ministerio et vita presbyterorum,* de 20 noviembre, 1964, n. 10, en *Acta Synodalia,* IV, IV, 847.

Un análisis detallado de los textos conciliares sobre prelaturas personales se encuentra en Martínez Torrón, J., *La configuración jurídica de las Prelaturas personales en el Concilio Vaticano II*, Pamplona 1986.

4. Régimen jurídico de las Prelaturas personales en el Motu proprio «Ecclesiae Sanctae»

Inmediatamente después de acabado el Concilio, el Papa Pablo VI creó las oportunas Comisiones de estudio que elaborasen las normas para el desarrollo disciplinar de los principios y criterios conciliares. Al mismo tiempo, empezaba a trabajar la Pontificia Comisión para la Reforma del Derecho Canónico, cuyo cometido tendría que ser adaptar el Derecho de la Iglesia a la doctrina del Concilio Vaticano II. Por tanto, las normas que se irán promulgando en aplicación del Concilio, y hasta que se proceda a la total revisión del Código de Derecho Canónico, habrían de tener un carácter transitorio y *ad experimentum.* Este es el caso, en concreto, del *Motu proprio Ecclesiae Sanctae)* de 6 de agosto de 1966, promulgado para aplicar varios Decretos conciliares, entre ellos el *Presbyterorum Ordinis.*

Con respecto a la materia que ahora nos ocupa, las Prelaturas personales están contempladas en la Parte I del *Motu proprio*, titulada: «Normas para aplicar los Decretos «*Christus Dominus*» y «*Presbyterorum Ordinis*» del Sacrosanto Concilio Vaticano II». Esta parte tiene una sección sobre «Distribución del clero y ayuda que debe prestarse a las Diócesis» que consta de 5 números y que, en su n. 4, hace referencia a las Prelaturas personales. En el documento se contiene una referencia, entre paréntesis, a los números de los Decretos conciliares que pretende aplicar, en concreto al n. 6 del *Christus Dominus* que trata de la solicitud de los Obispos por la Iglesia Universal, y al n. 10 del *Presbyterorum Ordinis*, al que nos hemos referido anteriormente.

El análisis de estos primeros 5 números del *Motu proprio Ecclesiae Sanctae* nos lleva a concluir que en ellos se tratan dos grandes cuestiones, que son las mismas ya apuntadas cuando hicimos referencia al n. 10 de *Presbyterorum Ordinis*. Es decir, se trata en primer lugar de la distribución de los Presbíteros (en los tres primeros números), que debe adaptarse a las necesidades de la Iglesia, y se facilita mediante oportunas normas, como aquellas que se refieren a la incardinación y excardinación; y, además de ello («*Præterea*»), se trata en segundo lugar de las Prelaturas personales (en el n. 4) «para el desempeño de especiales trabajos pastorales o misioneros en favor de diversas regiones o grupos sociales que precisan especial ayuda».

Dicho con otras palabras, parece que la interpretación auténtica que la Suprema Autoridad de la Iglesia hace del n. 10 de *Presbyterorum Ordinis* se va decantando, en el sentido de considerar que las Prelaturas personales y otras instituciones eclesiásticas que se puedan crear, no sólo tienen por objeto la distribución

geográfica del clero (cosa de la que se ocupan principalmente los tres primeros números del *Motu proprio*), sino también otra finalidad distinta en relación con los «especiales trabajos pastorales o misioneros» a que se alude en el n. 4 del mismo *Motu proprio*.

¿Qué entiende el *Ecclesiæ Sanctæ* por Prelaturas personales y a qué régimen jurídico las somete?

Aunque no se da una definición de Prelatura personal, pues, como es bien sabido, no es misión del Derecho la definición de conceptos, se la caracteriza con una serie de rasgos que suponen sin duda un desarrollo del n. 10 de *Presbyterorum Ordinis*.

En primer lugar, ya hemos aludido a esa doble finalidad que se va decantando para las Prelaturas: de una parte, la distribución geográfica del clero y, de otra, el desempeño de especiales trabajos pastorales.

Para la realización de esta doble finalidad, las Prelaturas se constituyen como personas jurídicas eclesiásticas. Como se afirma en el texto del *Motu proprio*. «La Santa Sede podrá erigir provechosamente prelaturas»; lo que significa, en términos técnicos, que ese acto de erección produce como resultado la constitución de una persona jurídica de carácter público en la Iglesia. Se trata, por tanto, de una estructura jurídica con una finalidad pastoral, que está dotada de personalidad jurídica pública: en concreto, de una pieza, creada por la Iglesia dentro de su organización pastoral y jerárquica, para contribuir al cumplimiento de su misión en bien de las almas.

El gobierno de estas Prelaturas se encomienda a un «Prelado propio», al que se confieren facultades y derechos que no dejan lugar a dudas de que se le está atribuyendo verdadera potestad de jurisdicción. En efecto, «podrá erigir y dirigir un Seminario nacional o internacional», y «tiene Derecho a incardinar a dichos alumnos y a ordenarlos a título de *servitium prælaturæ*»; tales facultades y derechos suponen evidentemente el ejercicio de una auténtica potestad de jurisdicción.

Con respecto a los miembros de la Prelatura, se afirma «que constan de sacerdotes del clero secular, dotados de una formación especial», lo cual parece aludir claramente a la formación específica que sea necesaria para el desempeño de la peculiar tarea pastoral que lleve a cabo la Prelatura.

Sin embargo, ello no quiere decir que la composición de una Prelatura personal esté formada exclusivamente por sacerdotes del clero secular. También pueden formar parte de ella miembros laicos, lo cual pone de manifiesto cómo en la intención del legislador no sólo está presente la distribución del clero como fin de una Prelatura, sino también el desempeño de las específicas tareas apos-

tólicas, para las cuales pueden ser de gran utilidad, o incluso pueden constituir una necesidad, los miembros laicos. Por eso, afirma el *Ecclesiæ Sanctæ* que «nada impide que laicos, tanto solteros como casados, previo acuerdo con la prelatura, se dediquen: al servicio de las obras e iniciativas de ésta, poniendo a disposición su pericia profesional». Toda Prelatura personal erigida para la realización de una tarea pastoral peculiar tendrá unos destinatarios, que serán en su mayoría fieles laicos. Pero puede darse también el caso de que esos mismos laicos se comprometan asimismo a tomar parte activa en el apostolado de una Prelatura, según las determinaciones de los Estatutos.

En esta concreta referencia a los fieles laicos, como posibles miembros de una Prelatura personal encontramos una aplicación, hecha por la Autoridad Suprema de la Iglesia como Suprema instancia también para la interpretación auténtica de los textos conciliares, de aquella interpretación orgánica de los documentos del Concilio a la que antes aludíamos. Efectivamente, las peculiares tareas pastorales que pueden ser emprendidas por una Prelatura se ponen aquí en relación con el apostolado de los laicos y, más en concreto, en el texto que ahora comentamos parece existir una directa relación con el n. 22 del Decreto *Apostolicam Actuositatem*) en el que se afirma que «son dignos de especial honor y recomendación en la Iglesia los laicos, solteros o casados, que se dedican para siempre, o temporalmente, al servicio de las instituciones y de sus obras».

La vinculación de estos fieles laicos que libremente quieran formar parte de la Prelatura para participar en su tarea específica se instrumenta a través de un acuerdo jurídico de carácter contractual, cuyo objeto y contenido dependerá evidentemente de los fines y naturaleza específica de cada Prelatura. En todo caso, parece también que no todas las Prelaturas que puedan erigirse tengan obligación de vincular a miembros laicos, sino que se trata de una materia potestativa, que habrá de determinarse en los Estatutos respectivos.

Finalmente, por lo que se refiere al régimen jurídico particular de cada Prelatura, el n. 4 del *Ecclesiæ Sanctæ* hace las veces de una normamarco, que remite a los Estatutos propios de cada una de las que se erijan, la regulación de sus fines, medios, organización y funcionamiento particulares. Ello quiere decir que, siendo muy escasa, por limitarse a los rasgos esenciales, la normativa que regula de modo genérico el régimen de las Prelaturas y siendo, en cambio, muy amplio el campo de posibilidades apostólicas y pastorales que se abren para éstas, los Estatutos particulares dados por la Santa Sede a las que se constituyan pasan a ser un momento de especial relevancia, en cuanto que habrá que acudir a los Estatutos para conocer el régimen jurídico particular de cada una de ellas, así como sus fines y naturaleza peculiar, y su inserción en la Pastoral orgánica de la Iglesia.

De ahí las cautelas que se toman también en el *Motu proprio* a la hora de erigir las Prelaturas y a la hora de regular su inserción en la pastoral de las Iglesias locales. De una parte, su erección sólo se hará «después de haber escuchado el parecer de las Conferencias Episcopales del territorio en el que prestarán su trabajo».

De otra parte, «se cuidará diligentemente de que se respeten los derechos de los Ordinarios del lugar y de mantener continuamente estrechas relaciones con las Conferencias Episcopales». Encontramos aquí de nuevo aquella preocupación del n. 10 de *Presbyterorum Ordinis* para que siempre queden a salvo los derechos de los Ordinarios del lugar, a la que ahora se añade una recomendación para que se facilite un buen entendimiento con las Conferencias Episcopales, a fin de asegurar la plena inserción en el territorio o Región eclesiástica de que se trate.

Resumiendo cuanto llevamos dicho, el análisis del n. 4 del *Motu proprio Ecclesiæ Sanctæ* nos lleva a concluir que las Prelaturas personales son configuradas jurídicamente como estructuras de la organización eclesiástica y, por tanto, como unas personas jurídicas eclesiásticas, de carácter público, cuya finalidad puede ser no sólo una adecuada distribución geográfica del clero, sino también, el desempeño de específicas tareas pastorales. Para ello, se pone a su frente un Prelado, al que se atribuye potestad de jurisdicción. Resulta así que tales personas jurídicas poseen además una estructura jurisdiccional al servicio de sus fines pastorales, tanto en relación con la Iglesia Universal como en relación con las Iglesias locales. Esta estructura jurisdiccional, junto con los Estatutos particulares que han de regular su naturaleza y características propias, es en realidad el soporte o sustrato jurídico en que se apoya su personalidad canónica. Por ello, para la erección de la Prelatura se requerirá lógicamente que la Santa Sede le otorgue unos Estatutos. Finalmente la constitución de estas estructuras jurisdiccionales y el ejercicio de la *potestas iurisdictionis* que se atribuye a su Prelado habrá de ser en todo caso compatible con los legítimos derechos de los Ordinarios del lugar donde las Prelaturas se encuentren.

Por lo que se refiere su composición, preceptivamente habrán de estar integradas por sacerdotes del clero secular, y solo potestativamente podrán admitir también a los fieles laicos, que libremente pueden vincularse a ellas mediante acuerdos con la Prelatura.

Dada la naturaleza jurídica de estas instituciones, configuradas como estructuras jurisdiccionales con una cierta autonomía estatuaria para llevar a cabo tareas pastorales que interesan a la Iglesia Universal y a las Iglesias locales, parece lógico también que para su inserción en la Pastoral orgánica de la Iglesia –por

ser parte constitutiva de la estructura pastoral y jerárquica de la Iglesia– hayan sido integradas dentro de la Organización eclesiástica, dependiendo de aquel Dicasterio de la Curia Romana al que compete la constitución de las Diócesis y otras circunscripciones semejantes, como los ordinarios castrenses y demás. De ahí que la constitución Apostólica *Regimini Ecclesiæ universæ*, de 15 de agosto de 1967, establezca en el n. 49 §1 que es competencia de la Sagrada Congregación para los obispos la erección de «Prelaturas personales para la realización de peculiares obras pastorales, en favor de diversas regiones o grupos sociales necesitados de especial ayuda, oídas previamente las Conferencias Episcopales del territorio»; y compete, asimismo, a la citada Congregación el nombramiento de los «Prelados que gozan de jurisdicción personal», como son los que gobiernan las Prelaturas personales.

5. Las Prelaturas personales en el nuevo Código de Derecho Canónico

Finalmente, para concluir esta exposición sobre el *iter* jurídico de las Prelaturas bastará hacer una breve referencia a la regulación de las Prelaturas personales en el nuevo Código de Derecho Canónico. El nuevo Código trata de las Prelaturas en cuatro cánones (del 294 al 297) ubicados en la I Parte del Libro II. Les dedica el título IV completo, a continuación del título dedicado a los ministros sagrados o clérigos, y antes del título que trata de las asociaciones de fieles. Lo que más llama la atención de esta posición sistemática es que, siendo las Prelaturas estructuras jurisdiccionales que, en cuanto tales, pertenecen a la constitución jerárquica de la Iglesia, sin embargo, no han sido incluidas en la Parte II del Libro II, sino en la I Parte dedicada a los *Christifideles*. La razón determinante quizá haya sido que las estructuras jurisdiccionales de las que se trata en la sección II de la II Parte del Libro II (en la cual quizá hubiese estado su lugar sistemático más adecuado) están caracterizadas por dos notas de las que, efectivamente, carecen las Prelaturas personales: de una parte el criterio de territorialidad, como regla para la determinación de su ámbito jurisdiccional (c 372 § 1); y de otra parte, el tratarse de estructuras jurídicas cuya finalidad es la cura pastoral ordinaria, como es el caso de las Diócesis, y de las restantes circunscripciones territoriales a ellas asimiladas por el c. 368: la Prelatura territorial, la Abadía territorial, el Vicariato Apostólico, y la Prefectura apostólica, además de la Administración Apostólica establemente erigida[14].

14. Vid. Gutiérrez, J. L., *De prælatura personali…*, cit., 108-111.

Por lo que se refiere al contenido de los cánones 294 a 297, aparte diferencias de matiz, se puede decir que recogen sustancialmente lo establecido en el n. 4 del *Motu proprio Ecclesiæ Sanctæ*, ya comentado. Además de lo que antes se dijo, de ese contenido quisiera destacar ahora dos aspectos:

En primer lugar, la confirmación de aquella idea a la que ya aludimos anteriormente, según la cual la erección de las Prelaturas personales se realiza para atender a dos finalidades principales: para promover una adecuada distribución de presbíteros, y para realizar peculiares obras pastorales o misioneras en favor de diversas regiones o de diversos grupos sociales (c. 294).

En segundo lugar, y dado que para la realización de esos fines genéricos se pueden erigir Prelaturas de muy diversa naturaleza entre sí, se subraya también la especial relevancia que asume los Estatutos particulares de cada Prelatura, a los que se alude en los tres restantes cánones, para indicar que deben ser otorgados por la Sede Apostólica (c. 295), que en ellos se establecerá el modo de cooperación orgánica de los laicos en las tareas apostólicas de la Prelatura, así como sus derechos y obligaciones (c. 296) y, finalmente, que en ellos se definirán las relaciones de la Prelatura con los Ordinarios de los lugares donde se realice el trabajo pastoral o misionero (c. 297).

Es indudable, por tanto, que el acto de otorgamiento de los Estatutos por la Santa Sede reviste una importancia muy grande (lo que explica el enorme trabajo de estudio y de consultas desarrollado por la Santa Sede antes de la erección del Opus Dei como primera Prelatura personal)[15], y que a los Estatutos habrá de acudirse también para conocer las características peculiares de cada una de las Prelaturas que se erijan, cuyos fines y medios pondrán de manifiesto indudablemente la gran variedad y riqueza de la pastoral y del apostolado de la Iglesia, sin que ello vaya en detrimento de su unidad, sino «para bien común de toda la Iglesia»[16].

15. La descripción del trabajo de estudio y consulta llevados a cabo se encuentra en el comentario de Mons. Costalunga, *La erección del Opus Dei en prelatura personal*, en «L'Osservatore Romano», de 5 de diciembre de 1982 (edición en lengua española), 12. A este trabajo se alude también en el artículo del Cardenal Baggio: «Un bien para toda la Iglesia», ibídem, 11; y en la introducción de la propia Constitución *Ut sit*.

16. Cfr. *Presbyterorum Ordinis*, n. 10. Para un estudio sobre el *iter* jurídico de las Prelaturas desde el Concilio hasta el Código incluido, puede verse Rodríguez, P., *Iglesias particulares y Prelaturas personales*, cit.

6. El camino jurídico del Opus Dei

Después de haber tratado del régimen jurídico de las Prelaturas personales, tal como se encuentra regulado en las fuentes jurídicas postconciliares y en el nuevo Código, parece llegado el momento de referirse ahora al régimen jurídico peculiar de la primera y hasta ahora única Prelatura erigida: la Prelatura personal de la Santa Cruz y Opus Dei.

Como es sabido, el Opus Dei es una institución de la Iglesia que fue fundada el 2 de octubre de 1928 por el Siervo de Dios Mons. Josemaría Escrivá de Balaguer con la finalidad de llevar a la práctica la doctrina de la llamada universal a la santidad y al apostolado en medio del mundo, por medio de la santificación del trabajo y de la vida ordinaria familiar, profesional y social[17]; surge, por tanto, bastantes años antes de que el Concilio Vaticano II sancionase oficialmente esta doctrina.

Como toda obra de Dios nació pequeña, pero su crecimiento fue rápido, a pesar de las dificultades que desde el principio tuvo que atravesar, entre las cuales las de índole jurídica no fueron quizá las menos importantes.

La que después fue calificada de «grave cuestión institucional»[18] se presentaba al comienzo de la Obra como la búsqueda de una fórmula jurídica apropiada que se adaptase a la naturaleza teológica, espiritual y pastoral del Opus Dei, fenómeno nuevo dentro de la historia de la Iglesia con el que, en expresión del Cardenal Baggio, se inauguraba un nuevo y original capítulo de la espiritualidad cristiana[19].

Por eso, como afirma el actual Prelado del Opus Dei, Monseñor Álvaro del Portillo, «nuestro Fundador se vio obligado a recurrir provisionalmente a fórmulas jurídicas inadecuadas, pero que eran las únicas que permitía el Derecho vigente. Al aceptar esas soluciones –en 1943 y en 1947– hizo ya constar a la autoridad eclesiástica competente, que esperaba se abrieran otros cauces jurídicos que pudieran resolver satisfactoriamente –de acuerdo con su genuina naturaleza– el problema institucional del Opus Dei.

El Concilio Vaticano II abrió providencialmente el cauce jurídico que se necesitaba»[20].

Al responder a una pregunta sobre por qué no se había buscado una forma jurídica más conocida, Monseñor Álvaro del Portillo concluía que para resolver

17. Vid. Constitución Apostólica *Ut sit,* apartados 1º y 2º de la Introducción.
18. Véase nota 3.
19. Card. S. Baggio, *Opus Dei: una svolta nella spiritualità,* en «Avvenire», Milán, 26 VII 75.
20. Declaraciones a ABC, de 29 XI 82, 27.

los problemas que planteaba la naturaleza del Opus Dei no cabía otra configuración jurídica distinta de la actual: «Por nuestro espíritu y modo apostólico, netamente seculares, quedaban excluidas todas las soluciones propias de los religiosos o de las instituciones que profesan el particular estado eclesial, que antes se llamaba «estado de perfección» y ahora se denomina de «vida consagrada». De otra parte, el Opus Dei, para garantizar su desarrollo apostólico, necesitaba seguir siendo una organización internacional con una potestad eclesiástica de régimen, con gobierno centralizado y con la posibilidad de continuar incardinando sus propios sacerdotes. Por tanto, la Obra no podía estructurarse como un movimiento apostólico o como una simple asociación de fieles.

De modo que, también por exclusión, si cabe expresarse así, se puede llegar a concluir que la fórmula adoptada era la única posible: y a esta consecuencia ha llegado también la Santa Sede, al decretar la erección del Opus Dei en Prelatura personal, después de años de estudio»[21].

Con la nueva fórmula jurídica lo que se ha hecho ha sido adaptar el régimen jurídico del Opus Dei a la realidad espiritual y pastoral que ya se vivía desde los comienzos de su fundación, pero que no encontró en ese momento el cauce jurídico adecuado, dada la normativa jurídica de la época y los conceptos que utilizaba la doctrina. Por eso, el Fundador tuvo que conceder, sin ceder, esperando que llegara el momento oportuno en que la situación jurídica se resolviera. Con la nueva configuración jurídica, los condicionamientos impuestos por el régimen jurídico general a que se veía sometido el Opus Dei han desaparecido. Sin embargo, su ordenamiento jurídico particular, tal como se expresa en sus Estatutos, continúa siendo sustancialmente el mismo, y sólo ha tenido que cambiar precisamente aquellas adaptaciones que se le habían exigido, superpuestas a su ordenamiento particular, por aquellas normas del Derecho general de la Iglesia que ahora ya no se le aplican.

Por eso, afirma también Monseñor Del Portillo que los nuevos «Estatutos son prácticamente los mismos que Pío XII aprobó *ad experimentum* en 1947 y, definitivamente, en 1950. Animado por Pablo VI, nuestro Fundador convocó en 1969 un Congreso General del Opus Dei, con objeto de introducir, en ese texto legal, las modificaciones estrictamente necesarias, para cuando llegara el momento de solicitar a la Santa Sede la transformación de la Obra en Prelatura personal.

Dentro de estas acomodaciones, el cambio importante, deseado ya por nuestro Fundador, desde hace muchísimos años, consiste en que la incorporación a la Obra se hace ahora por medio de un vínculo de carácter contractual. La exis-

21. Ibídem. 27.

tencia de este preciso acuerdo, entre la Prelatura y los fieles que se incorporan, permite que quede aún más claro el ámbito de las mutuas obligaciones, que son –se trata de una realidad bien sabida, pero no me importa repetirla–, obligaciones de carácter únicamente espiritual, formativo y apostólico.

Paralelamente al establecimiento de este vínculo contractual, se suprimen de los Estatutos los elementos propios de los Institutos de vida consagrada –los relativos a la profesión de los consejos evangélicos–, que están al margen del camino que vio nuestro Fundador en 1928, pero que tuvo que incorporar al Derecho particular del Opus Dei, sin desearlos nunca, porque así lo exigió la normativa jurídica de los Institutos Seculares»[22].

7. Régimen jurídico de la Prelatura del Opus Dei

Tras esta breve descripción del *iter* jurídico del Opus Dei y de las principales dificultades a las que hubo que hacerse frente, pasamos ahora a mencionar y resumir las normas por las que se rige actualmente la Prelatura.

Como afirma la Constitución Apostólica *Ut sit*, por la que se ha erigido, «la Prelatura se rige por las normas del Derecho general y de esta Constitución, así como por sus propios Estatutos, que reciben el nombre de «Código de Derecho particular del Opus Dei»».

Ya hemos visto cuáles son esas normas del Derecho general que establecen el régimen jurídico de las Prelaturas personales. Nos referiremos ahora a la Constitución Apostólica *Ut sit* y a la Declaración de la Sagrada Congregación para los Obispos, donde se contiene un resumen de las principales características del Opus Dei según el contenido de sus Estatutos.

La Constitución Apostólica *Ut sit*, que lleva fecha de 28 de noviembre de 1982, se hizo pública mediante una Bula cuya ejecución se produjo el 19 de marzo de 1983 y se publicó en *Acta Apostolicae Sedis* el 2 de mayo de 1983. Consta de una introducción y de siete disposiciones muy breves, a las que se añade todavía otra disposición final[23].

La *Declaratio* de la Sagrada Congregación para los Obispos lleva fecha de 23 de agosto de 1982, y se publicó acompañada de un artículo titulado «Un bien

22. Ibídem, 28.

23. AAS, 75 (1983), 423-425. La ejecución de la Bula se produjo en un acto solemne celebrado en la Basílica de San Eugenio, de Roma, del que dio cuenta «L'Osservatore Romano» de 21 de marzo de 1983.

Para un estudio sobre la Constitución Apostólica *Ut sit* y el régimen jurídico del Opus Dei, vid. Fuenmayor, A., *La erección del Opus Dei en Prelatura Personal,* Ius Canonicum 45 (1983) 9-55; Hervada, J., *Aspetti della struttura giuridica dell' Opus Dei,* Il Diritto Ecclesiastico I (1986).

para toda la Iglesia», del entonces Prefecto de la citada Congregación, Cardenal Sebastiano Baggio y de un comentario sobre «la erección del Opus Dei como Prelatura Personal», cuyo autor es Monseñor Marcello Costalunga, Subsecretario de la misma Congregación[24].

Además de una breve introducción, la Declaración consta de 8 apartados en los que trata de resumir «las principales características de la Prelatura». No está en mi ánimo analizar ahora cada una de ellas, sino más bien subrayar algunos aspectos que me parecen interesantes:

Por lo que se refiere a su organización, el documento destaca el ámbito internacional y universal del Opus Dei y el carácter de Ordinario propio que tiene su Prelado. La Prelatura se compone de un clero en ella incardinado, que proviene de los laicos incorporados a la misma (lo que significa que no se sustrae a las Iglesias locales ningún candidato al sacerdocio), y de laicos, hombres y mujeres, solteros o casados, de todas las profesiones y condiciones sociales, cuya incorporación a la Prelatura se realiza mediante un vínculo contractual bien definido, y no en virtud de unos votos[25].

El clero incardinado en la Prelatura pertenece al clero secular a todos los efectos; goza de voz activa y pasiva en los consejos presbiterales. Los laicos a ella incorporados no modifican su propia condición personal de fieles corrientes; su trabajo y apostolado se desarrolla en las estructuras propias de la sociedad civil, y en sus opciones temporales en materia profesional, social, política, etc., gozan de la misma libertad que los demás católicos, conciudadanos suyos; por tanto, la Prelatura no hace suyas las actividades profesionales, sociales, políticas, económicas, etc., de ninguno de sus miembros[26].

En cuanto a la potestad del Prelado, su naturaleza jurídica es la de una potestad ordinaria de régimen o de jurisdicción, circunscrita a lo que se refiere al fin específico de la Prelatura. Tal potestad, además del régimen del propio clero, lleva consigo la dirección general de la formación y de la atención espiritual y apostólica específica que reciben los laicos incorporados al Opus Dei, con vistas a una dedicación más intensa al servicio de la Iglesia; concretamente, los laicos están bajo la jurisdicción del Prelado sólo en lo que se refiere al cumplimiento de los compromisos —ascéticos, formativos y apostólicos— que asumen libremente por medio del vínculo de dedicación al fin propio de la Prelatura[27].

24. Estos tres documentos fueron publicados en L'Osservatore Romano, de 28 de noviembre de 1982, 1-3. La *Declaratio* ha sido después publicada en AAS 75 (1983) 464-468.

25. *Declaratio* de la Sagrada Congregación para los Obispos, I.

26. Ibídem, II.

27. Const. Ap. *Ut sit*, III; *Declaratio*, III.

Esta delimitación de la competencia del Prelado deja a salvo los legítimos derechos de los Ordinarios del lugar. De modo general, los miembros de la Prelatura deben observar las normas territoriales, que se refieren tanto a las prescripciones generales de carácter doctrinal, litúrgico y pastoral, como a las leyes de orden público y, en el caso de los sacerdotes, también la disciplina general del clero. Mientras que los laicos quedan bajo la jurisdicción del Obispo diocesano de aquellas diócesis en las que tienen su domicilio o cuasi–domicilio en aquello que el Derecho determina respecto a todos los fieles en general[28].

De otra parte, para la erección de cada Centro de la Prelatura se requiere siempre la venia previa del Obispo diocesano competente[29].

Finalmente, por lo que respecta a sus relaciones con la Santa Sede, la Constitución Apostólica y la *Declaratio* establecen que la Prelatura depende de la Sagrada Congregación para los Obispos, a tenor de la *Regimini Ecclesiæ universæ*, n. 49 § 1, y, del mismo modo que las demás jurisdicciones autónomas, tiene capacidad de tratar las distintas cuestiones con los Dicasterios competentes de la Santa Sede, según lo exija la materia en cada caso[30].

Hasta aquí algunas de las características que me parecen destacables de entre las que enumera la Declaración de la Congregación para los Obispos.

Por lo que se refiere a la Constitución Apostólica *Ut sit*, se trata de un documento jurídico de gran importancia dispositiva, puesto que con él se concluye el proceso de constitución de la Prelatura y, dentro del marco del Derecho común, se establece el Derecho que le es aplicable, además de dar otras normas concretas referentes a la Prelatura y a su Prelado, a su dependencia de la Santa Sede, etc., pero las materias a que afecta ya han sido aludidas de un modo u otro en nuestras anteriores consideraciones y no queremos extendernos más en su comentario.

8. La Sociedad Sacerdotal de la Santa Cruz

Deliberadamente, hemos dejado para el final la referencia a la Sociedad Sacerdotal de la Santa Cruz que, según la Constitución Apostólica *Ut sit*, «queda erigida… como Asociación de clérigos intrínsecamente unida a la Prelatura». Según la *Declaratio*, «está unida de modo inseparable a la Prelatura la Sociedad Sacerdotal de la Santa Cruz, Asociación a la que pueden pertenecer sacerdotes

28. Ibídem, IV.
29. Ibídem, V.
30. Const. Ap. *Ut sit*, V; *Declaratio*, VII.

del clero diocesano que deseen buscar la santidad en el ejercicio de su ministerio, de acuerdo con la espiritualidad y la ascética del Opus Dei. En virtud de esta adscripción, esos sacerdotes no pasan a formar parte del clero de la Prelatura, sino que quedan a todos los efectos bajo el régimen de su propio Ordinario, al que, si lo desea, informarán de tal adscripción»[31].

Como se ve, se trata de una Asociación de sacerdotes que, en sí misma, tiene una naturaleza jurídica distinta de la Prelatura, y se rige por las normas propias de las asociaciones de fieles, contempladas en los cánones 298 y ss. del nuevo Código de Derecho Canónico.

Sabido es que tales asociaciones fueron vivamente recomendadas por n. 8 del Decreto *Presbyterorum Ordinis* de forma que «con estatutos reconocidos, por la competente autoridad eclesiástica, fomenten la santidad de los sacerdotes en el ejercicio del ministerio por medio de una adecuada ordenación de la vida, convenientemente aprobada, y por la fraternal ayuda, y de este modo intentan prestar un servicio a todo el orden de los presbíteros». Recomendación que ha sido recogida en el c. 278 del nuevo Código de Derecho Canónico.

En el caso concreto de la Sociedad Sacerdotal de la Santa Cruz, quisiera subrayar que, constituido como «Asociación de clérigos intrínsecamente unida a la Prelatura» (no debe perderse de vista que se trata de dos realidades conceptual y jurídicamente distintas: la Prelatura, institución perteneciente a la organización pastoral y jerárquica de la Iglesia; y la Sociedad Sacerdotal, Asociación de fieles erigida por la Santa Sede), esta unidad se refiere a la común participación en el espíritu del Opus Dei, en sus fines y medios específicos, pero en cuanto a la dependencia de sus socios con respecto al Presidente de la Asociación (que coincide en la persona del Prelado del Opus Dei, como consecuencia de esa intrínseca unidad con la Prelatura) no es la misma que tienen los clérigos incardinados en la Prelatura. Los sacerdotes del clero diocesano que sólo pertenecen a la Sociedad sacerdotal de la Santa Cruz y que no son miembros de la Prelatura no están sometidos a la potestad de jurisdicción del Prelado del Opus Dei. Por tanto, los Ordinarios del lugar respectivo ejercitan sobre ellos su potestad de jurisdicción –como sobre los demás clérigos–, que no comparten, ni siquiera en relación a distintas materias, con ninguna otra nueva autoridad[32].

31. Constitución Apostólica *Ut sit*, I; *Declaratio*, VI.

32. Vid. SCHUNCK, R., *Die Errichtung der Personalprälatur Opus Dei* en «Theologie und Glaube» [2]1983, 104-106.

9. Al servicio de la Iglesia Universal y de las Iglesias particulares

Refiriéndose, en concreto, a la erección del Opus Dei como Prelatura personal, el entonces Prefecto para la Congregación de los Obispos, Cardenal Baggio, hacía notar que «se trata de una disposición adoptada mirando el bien de toda la Iglesia». Y entre los motivos que aduce, uno de ellos se refiere a que este reconocimiento del genuino carisma fundacional del Opus Dei «sólo podrá facilitar y reforzar más aún el específico servicio pastoral que esta benemérita institución presta, desde hace más de medio siglo, en centenares de diócesis de todo el mundo … los Pastores de las Iglesias locales saben bien que pueden contar con una disponibilidad, que el nuevo estatuto hace aún más cualificada y eficiente, para el mismo ejercicio de su responsabilidad hacia el Pueblo de Dios que le ha sido confiado»[33].

Por su parte, el Subsecretario de la misma citada Congregación, Monseñor Marcello Costalunga, en su comentario a ese acto de erección, hacía notar que se trata de «un acto que constituye una piedra miliar en el camino del desarrollo promovido por el Concilio dentro del campo doctrinal y jurídico»[34]. Y por ello mismo «significa un bien para la Iglesia Universal, pues no se limita a resolver un problema institucional, sino que da vida a una nueva figura jurídica y pastoral deseada por el Concilio Vaticano II»[35].

El largo y profundo estudio realizado «ha permitido no sólo eliminar cualquier duda que pudiera presentarse sobre el fundamento, la posibilidad y las modalidades concretas de la erección del Opus Dei como Prelatura personal, sino también comprobar su oportunidad y utilidad tanto intrínseca (a la naturaleza y finalidad de la Obra) como extrínseca (en relación con la Iglesia Universal y con las Iglesias particulares)»[36].

Esa adecuación entre lo querido por el Concilio y la naturaleza del Opus Dei ha sido definitivamente sancionada por la Autoridad Suprema del Papa, que en la Constitución Apostólica *Ut sit* no duda en afirmar que «desde que el Concilio Vaticano II introdujo en el ordenamiento de la Iglesia, por medio del Decreto *Presbyterorum Ordinis*, n. 10 –hecho ejecutivo mediante el *Motu proprio Ecclesiæ Sanctæ*, I, n. 4– la figura de las Prelaturas personales para la realización de peculiares tareas pastorales, se vio con claridad que tal figura se adoptaba perfectamente al Opus Dei».

33. Card. S. Baggio, *Un bien para toda la Iglesia*, cit., 11.
34. Mons. M. Costalunga, *La erección del Opus Dei como prelatura personal*, cit., 12.
35. Ibídem, 13.
36. Ibídem, 12.

De este modo, aquella doctrina que el Fundador de la Obra predicó y trató de llevar a la práctica desde el 2 de octubre de 1928, y que más tarde fue proclamada por el Magisterio Solemne del Vaticano II, la doctrina de la llamada universal a la santidad y al apostolado, encuentra también un cauce jurídico adecuado para que pueda ser promovida con mayor eficacia en la Iglesia Universal y en las Iglesias locales a través de una Institución a la que (en frase también del Papa, en la citada Constitución *Ut sit*), «con grandísima esperanza, la Iglesia dirige sus cuidados maternales … con el fin de que siempre sea un instrumento apto y eficaz de la misión salvífica que la Iglesia lleva a cabo para la vida del mundo» [37].

37. Cfr. Constitución Apostólica *Ut sit*, introducción.

PARTE VI

MATRIMONIO Y FAMILIA

1

LA NATURALEZA DEL MATRIMONIO EN LA DOCTRINA DE SANTO TOMÁS DE AQUINO*

1. Introducción

El presente trabajo no pretende ser más que una introducción al estudio de la naturaleza y esencia del matrimonio, según la doctrina de Santo Tomás. El autor sabe que no es el primero que se realiza sobre el tema y está convencido también de que no será el último. Sin embargo, ha preferido aventurarse en el estudio directo de las fuentes sin el uso de intermediarios. Está convencido además de que lo que hace falta es una lectura directa del Santo para encontrar en sus propias obras la mejor interpretación de su doctrina. En este trabajo se ofrece el resultado de una relectura y meditación de los textos en los que Santo Tomás trata especialmente del matrimonio. Esa reflexión me ha llevado a sacar

(*) Publicado en Persona y Derecho I (1974) 143-190.

unas conclusiones, que han servido para clarificarme a mí mismo sobre una serie de cuestiones fundamentales, acerca de la naturaleza de una institución actualmente sometida a tantos interrogantes y debates doctrinales. Son las conclusiones que ahora ofrezco, con la intención de que puedan ser útiles como una ordenación sistemática de la materia y de los temas tratados por Santo Tomás, según las instancias y motivos de la doctrina actual, especialmente de la doctrina jurídica y canónica a cerca del matrimonio. Si ayudasen a entender un poco mejor la naturaleza esencial de esta importante institución del Derecho Natural habrían logrado su objetivo.

En relación con las fuentes utilizadas sólo se me ocurre una advertencia. Aunque el Suplemento añadido a la 3ª Parte de la Suma Teológica no es original de Santo Tomás (como es sabido), lo he utilizado con preferencia a los Comentarios a las Sentencias de Pedro Lombardo, teniendo en cuenta que su recopilador lo sacó de éstas, al mismo tiempo que tenía presente la doctrina posterior del Aquinate. En este sentido, responde sustancialmente al pensamiento de Santo Tomás.

2. El matrimonio como institución de derecho natural

2.1. *Definición nominal y real del matrimonio*

Antes de examinar la naturaleza del matrimonio puede ser útil dar una definición que nos ayude desde el principio a delimitar el objeto de la investigación.

Santo Tomás nos da una definición nominal y real del matrimonio en relación con los tres aspectos fundamentales que pueden considerarse en su naturaleza: su esencia, su causa y su efecto. Habría que destacar ya desde el principio esta triple consideración que puede hacerse del matrimonio, como una realidad compleja cuyas partes y elementos hay que analizar separadamente. En un tratado completo sobre el matrimonio, como es el de Santo Tomás, se tocan todos estos aspectos y dada la dificultad de dar una definición única abarcándolos a todos, opta por tres definiciones, cada una de ellas referida a uno de los tres. Para ello se vale de algunas definiciones legadas por la tradición que han sabido captar esos matices. Se trata de testimonios históricos que condensan en fórmulas breves el resultado de una experiencia y de una no poco costosa reflexión doctrinal sobre la misma.

Teniendo en cuenta los tres aspectos apuntados, al matrimonio se le llama *coniugium, nuptiæ* y *matrimonium.* El *coniugium* expresa su esencia que es una unión. Las *nuptiæ* se refieren a su causa que es el desposorio; en atención a éste se denominan «nupcias» de *nubo,* velarse; hace referencia a la costumbre en vir-

tud de la cual se cubría a los novios con un velo durante la celebración del matrimonio. Por último, con el término *matrimonium* se hace referencia a su efecto, es decir, a los hijos; como afirmaba San Agustín, el motivo por el que debe casarse la mujer no debe ser otro que el de llegar a ser madre. Pero también es posible que se utilice este último término para designar el oficio de madre, considerando que a la mujer es a la que incumbe especialmente la crianza y educación de los hijos *(matris munium).* La voz tiene también otras significaciones, pero todas ellas tienen en común esta referencia a la madre como un pilar fundamental de la institución matrimonial, en cuanto que ella es quien engendra, cuida y educa especialmente a los hijos[1].

Guardando un paralelismo con esta triple denominación del matrimonio, Santo Tomás nos da también su definición real, que extrae, como acabamos de decir, de algunas fuentes históricas a las que se reconocía gran autoridad.

En primer lugar, en relación con su causa, el matrimonio fue definido por Hugo como «el consentimiento legítimo en orden a la unión de dos personas idóneas» *(duarum idonearum personarum legitimus de coniunctione consensus).*

En segundo lugar, en relación con su esencia, se hizo muy popular la definición romana de Justiniano, adaptada por Pedro Lombardo, que luego pasaría a ser, en expresión del Catecismo Romano de S. Pío V, sentencia común de los teólogos: «el matrimonio es la unión marital de un hombre y una mujer, entre personas legítimas, que contiene una indivisa comunidad de vida», *(matrimonium est viri et mulieris maritales coniunctio inter legitimas personas, individuam vitæ consuetudinem continens).* En esta clásica definición del matrimonio se encuentran sin duda los elementos esenciales de la institución: 2) la unión de hombre y mujer, como expresión de aquel vínculo que se constituye entre los dos sexos diversos en orden a los fines del matrimonio; en esto se diferencia la sociedad conyugal de otros tipos de sociedades entre personas; b) la idoneidad de las personas para ser sujetos de la relación matrimonial, con la consiguiente ausencia de incapacidades o impedimentos que invaliden la unión; c) la indivisa comunidad de vida, que incluye su unidad e indisolubilidad como propiedades que necesariamente la acompañan. Como veremos más adelante, la materia (los sujetos), la forma (la unión o vínculo) y las propiedades (unidad e indisolubilidad), como elementos de la esencia del matrimonio, se encuentran presentes en esta definición, con razón avalada posteriormente por la Autoridad de la Iglesia como fórmula apta para expresar adecuadamente la naturaleza de la institución matrimonial.

1. Cfr. SANTO TOMÁS, *Summa Theologiæ*, Sup. q. 44, a. 2.

Por último, en relación con el aspecto al que el matrimonio se ordena y que Santo Tomás refiere en esta ocasión a la comunidad de vida, el matrimonio es definido, conforme a la ya clásica definición del Digesto hecha por Modestino, como «un consorcio de vida y una comunicación del Derecho divino y humano» *(consortium communis vitæ el communicatio divini et humani iuris).* En otras ocasiones, Santo Tomás hablará de los hijos como efecto del matrimonio, ahora sin embargo se refiere a la comunidad de vida y precisamente cuando afirma que con esta definición se trata de recoger aquel aspecto que es efecto del matrimonio. Conviene tenerlo presente para que se vea cómo los fines del matrimonio se encuentran tan estrechamente relacionados en la doctrina tomista, que a veces se toma sólo un aspecto de ellos para englobarlos a todos. En el contexto de esta doctrina, es evidente que la comunidad de vida no puede ser más que el efecto inmediato y fin próximo del matrimonio, así como los hijos son su efecto mediato y fin último, como más adelante se verá[2].

Una vez obtenida esta primera delimitación del matrimonio en base a su definición nominal y real, nos será más fácil entender en qué medida puede ser considerado como una institución de Derecho natural y cuáles son los problemas que esta consideración plantea.

2.2. *La ley natural: «inclinationes naturæ» y fines del hombre*

La doctrina de Tomás de Aquino sobre el matrimonio como institución natural está muy ligada a su noción misma de la ley natural. Para Santo Tomás, la ley es una cierta regla y medida de los actos humanos. Cabe considerarla de dos maneras: 1) como regulante y mensurante, 2) como impresa en lo regulado y mensurado, en la medida en que algo participa de esta regla y medida. Considerada del primer modo, es equivalente a la ley eterna, puesto que todas las cosas sometidas a la Providencia divina puede decirse que son reguladas y medidas por ella. En cambio, considerada del segundo modo, se corresponde con la ley natural: todas las cosas participan de algún modo en la ley eterna, en la medida en que tienen una inclinación hacia sus propios actos y fines. Esta participación se da de un modo más excelente en el hombre, que en cierto modo se hace providente de sí mismo, mediante la participación que obtiene de la ley eterna por su razón natural. Al ser consciente de sus inclinaciones naturales, el hombre puede libremente asumirlas. Por eso la ley natural no es otra cosa que una participación de la ley eterna en la criatura racional[3].

2. S. Th. Sup. q. 44, a. 3.
3. S. Th. I–II, q. 91, a. 3.

La noción de *inclinatio naturalis* está muy conectada en la doctrina tomista con el principio de finalidad. Este principio podría enunciarse así: todo agente actúa por un fin *(omne agens agit propter finem).* A su vez, el fin tiene razón de bien *(habet rationem boni),* de forma que puede decirse que el bien no es más que lo que todos apetecen *(bonum est quod omnia appetunt).* Por otra parte, el bien es además el primer principio de la razón práctica en virtud del cual se extrae el primer principio de la ley natural: *bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum.* Los restantes principios de la ley natural se fundan en él y de él se deducen como consecuencias suyas. Ello se realiza por la razón práctica al aprehender cuáles son los verdaderos bienes humanos[4].

Efectivamente, puesto que el bien tiene razón de fin, y el mal de su contrario, todas aquellas cosas hacia las que el hombre tiene una inclinación natural son aprehendidas por la razón como bienes, y por consiguiente como algo que debe ser apetecido, al mismo tiempo que sus contrarios deben ser evitados. De este modo, el orden de los preceptos de la ley natural no es más que el orden de estas inclinaciones naturales[5].

De acuerdo con estos presupuestos, Santo Tomás establece tres grandes series de inclinaciones naturales, de las que derivan todos los preceptos de la ley natural. La primera corresponde al hombre en cuanto que es una sustancia, en la medida en que comunica con todas las demás sustancias creadas. De igual manera que cualquier substancia tiende a la conservación de su propio ser según su naturaleza, así el hombre tiende también por ley natural a la conservación de su vida .Una segunda inclinación le corresponde en la medida en que tiene una naturaleza común a los demás animales, y en este sentido pudo decirse incluso en el Digesto que la ley natural no es más que aquello que la naturaleza enseña a todos los animales *(quæ natura omnia animalia docuit).* Santo Tomás pone aquí precisamente el ejemplo del matrimonio y la crianza de los hijos. Por último, se da también una tercera inclinación en el hombre, que puede considerarse como específicamente humana, en cuanto criatura racional con una naturaleza espiritual. Por ello, el hombre tiende al conocimiento de la verdad, a Dios como Suma Verdad y Sumo Bien, a la vida en sociedad, etc.[6].

Teniendo en cuenta esta doctrina de la ley natural, radicada en el principio de finalidad y en la noción de bien como primer principio de la razón práctica, así como la noción de las *inclinationes naturæ* como órdenes del ser y del obrar

4. S. Th. I–II, q. 94, a. 2.
5. Ibídem.
6. Ibídem.

humano que la razón es capaz de aprehender y de las que deduce cada uno de los principios de la ley natural, no es difícil entender su planteamiento del matrimonio como *officium naturæ* e institución de Derecho natural.

2.3. *Matrimonio y ley natural*

La cuestión se la plantea Santo Tomás del siguiente modo: existen algunas dificultades para sostener el carácter de ley natural en el matrimonio: la propia definición del Derecho natural que nos da el Digesto sería contraria a ese carácter, dado que en los restantes animales la unión sexual no requiere el matrimonio; existen pueblos en que los hombres engendran sus hijos sin contraer matrimonio; por otra parte, la propia celebración de las nupcias es distinta según la diversidad de pueblos; finalmente, la generación de los hijos, que es el fin que se le asigna, puede realizarse sin necesidad del matrimonio.

Sin embargo, hay dos razones poderosas por las cuales se puede sostener la institución natural del matrimonio; ambas derivan de los fines de acuerdo con su papel de *inclinationes naturæ* ya aludido. En paralelismo con ese esquema general de las *inclinaciones naturales*, la primera razón se basa en la común naturaleza animal del hombre, mientras la segunda está fundada en motivos específicamente humanos.

En primer lugar, en razón de los hijos, el matrimonio es de institución natural, puesto que la naturaleza no pretende sólo la generación sino también la perfección del hombre. Esta perfección consiste en la consecución de aquel estado que corresponde al hombre en cuanto hombre, que es el estado de virtud. Aristóteles había puesto ya de manifiesto cómo la trilogía de bienes que, según él, se reciben de los padres, saber, la vida, el alimento y la educación, necesitan la permanencia de la sociedad conyugal. Por otra parte, los hijos no podrían ser instruidos y educados por sus padres si no se conocen con certeza quiénes son los propios hijos y esto no se conseguiría de no existir un vínculo permanente entre marido y mujer. Siguiendo la comparación con los animales, la propia naturaleza mantiene unidos a aquellos cuya cría necesita del alimento de ambos padres por el tiempo, al menos, que dura esa necesidad.

Naturalmente, no hace falta notar que este paralelismo unión matrimonial–unión animal no es más que una simple comparación, para marcar el acento en el carácter de *inclinatio naturalis* que la permanencia de la unión matrimonial tiene en razón de los hijos. Por esta razón, se haría una torcida interpretación del texto si se tomase pie en este tipo de comparaciones para acusar superficialmente al autor de mantener una concepción biológica del matrimonio.

La segunda razón es especialmente humana y se basa, a su vez, en la mutua ayuda y complemento como fin secundario del matrimonio. En este punto existe una semejanza entre la sociedad conyugal y la propia sociedad humana. Así como la naturaleza social del hombre le impele a asociarse con otros para satisfacer sus necesidades sociales y proveer a las múltiples necesidades de la vida, de igual modo se da una inclinación natural para unirse en matrimonio y repartirse mutuamente en la sociedad conyugal aquello que es competencia del hombre y lo que es competencia de la mujer. El matrimonio no es otra cosa que esta sociedad entre hombre y mujer para ayudarse mutuamente en las tareas y actividades que, respectivamente, les competen[7].

Para Santo Tomás, por tanto, el matrimonio se basa en las *inclinaciones naturales* del hombre. En ellas se fundan tanto el fin primario (la generación y educación de los hijos), como el fin secundario (ayuda mutua) de la sociedad conyugal. A su vez, cabe identificar en esta *inclinatio* un elemento genérico, común en cierto modo a todos los animales, y otro específico del hombre. Pero incluso ese elemento genérico supone una distinta participación de la ley natural en el hombre y en el animal, de forma que aunque «la procreación de los hijos es común a todos los animales» (Aristóteles), no los inclina a todos de la misma manera; por eso «hay animales cuyos hijos al poco de nacer se bastan a sí mismos para buscarse el alimento, o es suficiente la madre para procurárselo, y respecto de éstos no hay ninguna determinación del macho a la hembra; pero en los animales cuyos hijos necesitan ser alimentados por ambos padres, aunque por poco tiempo, existe cierta determinación mientras dura ese plazo, como se observa en algunos pájaros. Pero entre los hombres, debido a que los hijos precisan el cuidado de los padres por un plazo muy largo, es máxima la determinación del varón a la mujer, y a ella les impele hasta el mismo elemento genérico»[8]. Parece claro, por tanto, que esta comparación no puede suponer una identificación entre la naturaleza humana y la animal, y cómo hay que tomarla sólo en un sentido analógico, sin más intención que la de mostrar la profunda radicación natural de esta «primera intención de la naturaleza» del matrimonio, que es la generación y educación de los hijos. En modo alguno, significa esto una subestimación del fin secundario, que el propio Santo Tomás considera como lo específicamente humano y aquello que diferencia a la sociedad conyugal, no sólo de una mera unión animal, sino también de cualquier otra sociedad posible entre los hombres. Por ahora, sólo nos interesa retener esta duplicidad de elementos: los fines

7. S. Th. Sup. q. 41, a. 1.
8. S. Th. Sup. q. 41, a. 1, ad 1.

del matrimonio como *inclinationes naturæ* y los fines del matrimonio como fundamento de su carácter de institución del Derecho natural.

2.4. *Matrimonio y perfección humana*

Se puede entender mejor el sentido de este planteamiento si se pone en relación con otra cuestión que Santo Tomás se plantea incidentalmente, a propósito de la obligatoriedad del matrimonio como precepto de la ley natural. La cuestión sería la siguiente: si el matrimonio es un precepto de Derecho natural, que obliga siempre como una necesidad de la especie humana, ¿es contrario al Derecho natural el celibato?

Existen razones que pueden abonar una respuesta positiva: 1) la primera institución del matrimonio fue impuesta bajo precepto, según se deduce de Génesis 2, 18-24 Y 1, 26– 28, Y este precepto parece no haber sido revocado, sino más bien confirmado, como se afirma en Mateo 19,6: *Quod Deus coniunxit homo non separet.* 2) Los preceptos de Derecho natural obligan siempre y el matrimonio se ha dicho que es de Derecho natural. 3) El bien de la especie es mejor que el bien del individuo y el matrimonio ha sido instituido para el bien de la especie humana. 4) El motivo del precepto en la primera institución del matrimonio es que no cese y se propague el género humano; y este fin podría frustrarse si cada cual fuese libre de contraer o no matrimonio[9].

Así las cosas, la respuesta de Santo Tomás está basada en una doble distinción: las «inclinaciones naturales» en que se funda la ley natural pueden referirse, tanto al bien del individuo como al bien de la comunidad. Pero sólo las primeras obligan a todos y a cada uno. Las segundas, sólo obligan a unos respecto de algunas cosas y a otros respecto de otras, pero no a cada uno respecto de todas. La razón está en que son muchas las necesidades sociales y de tal índole que la realización de algunas de ellas impide la realización de las otras y viceversa. Tiene que haber un reparto, de acuerdo con las cualidades y condiciones de las personas, de forma que se cubran todas (así ocurre, por ejemplo, con la distribución de los trabajos y profesiones dentro de la sociedad). Por esta razón, concluye el Santo, al ser necesario para la comunidad la vida contemplativa, y al ser un obstáculo para ésta el matrimonio, debe haber algunos que se dediquen enteramente a la vida de contemplación y por eso no obliga a todos el matrimonio[10].

9. S. Th. Sup. q. 41, a. 2, 1-4.
10. S. Th. Sup. q. 41, a. 2.

Por otra parte, tanto el matrimonio como la vida contemplativa son inclinaciones naturales. No hay, por tanto, peligro alguno para la sociedad. La propia naturaleza provee, de tal modo que esas inclinaciones se concretan en las personas de múltiples maneras, de suerte que unos eligen el matrimonio y otros, en cambio, optan por la vida contemplativa[11].

En la respuesta a esta cuestión se contiene también implícitamente la afirmación de la no necesidad absoluta del matrimonio para la perfección humana personal. Si el matrimonio no obliga a todos es porque no pertenece a la perfección esencial del hombre. Aquello que es necesario, en cambio, para esta perfección obliga a todos y de un modo absoluto: *id quod est necessarium ad perfectionem unius … quemlibet obligat: quia naturales perfectiones omnibus sunt comunes*[12].

La superioridad del celibato sobre el matrimonio por motivos sobrenaturales está afirmada, por lo demás, en otros lugares de la Suma[13].

3. El matrimonio como sacramento

3.1. *Las diversas instituciones del matrimonio*

Sin que varíe su naturaleza esencial, el matrimonio ha tenido diversas instituciones a lo largo de la historia. Nos hemos referido ya a su institución natural y enseguida nos referiremos a su institución sacramental. Explicaremos un momento en qué sentido puede hablarse de «instituciones» del matrimonio y cuáles son las principales.

Por lo que se refiere a sus elementos comunes y esenciales, el matrimonio fue instituido desde el principio, de una vez por todas, por Derecho divino natural y positivo. En Génesis 2,18-24 y 1,26-28 se nos narra esta primera y esencial institución del matrimonio como realidad de Derecho natural. Sin embargo, por lo que se refiere a sus determinaciones particulares, ha sufrido diversas instituciones, de acuerdo con los diversos estados por los que ha atravesado la humanidad, antes y después del Pecado Original[14].

Podría decirse, por lo tanto, que en su esencia, el matrimonio no ha cambiado desde la primera institución fundamental. Pero la naturaleza inclina al matrimonio para conseguir un bien que varía según los diversos estados del hombre. De

11. S. Th. Sup. q. 41, a. 2, ad 4.
12. S. Th. Sup. q. 41, a. 2.
13. S. Th. II–II q. 152, a. 4.
14. S. Th. Sup. q. 42, a. 2, ad l.

ahí que fuese oportuno adaptar ese bien a las diversas situaciones humanas[15]. Las instituciones que pueden enumerarse son las siguientes:

1) La institución natural antes del pecado. Su finalidad principal era la procreación de los hijos a fin de que la humanidad se propagase.

2) La institución natural después del pecado. A aquella finalidad principal se añade también la de ser remedio contra la herida del pecado. Aunque esta institución es inmediatamente posterior a la comisión del primer Pecado, en la etapa de la ley natural, recibe sus principales determinaciones positivas en la Ley de Moisés.

Por otra parte, esta finalidad miraba ya también a su institución sacramental, en cuanto que por su naturaleza de sacramento le corresponde ser *remedium contra vulnus peccati.*

3) La institución sacramental. En la etapa de la Ley Nueva, el matrimonio fue instituido por Cristo para significar su unión con la Iglesia.

4) La institución del Derecho positivo civil. Por último, para determinar más las consecuencias que surgen de la ayuda mutua, el matrimonio recibe también una regulación del Derecho civil del estado, en reconocimiento al importante papel de la familia como fundamento de la sociedad[16].

3.2. *Elementos esenciales del Sacramento*

A partir de la noción agustiniana de Sacramento como *signum sacrum,* Santo Tomás define el Sacramento como el «signo de una cosa sagrada que santifica a los hombres *(signum rei sacræ inquantum est sanctificans homines)*[17]. Elementos esenciales de esta definición son: 1) el signo sensible que representa un misterio sagrado: 2) la santificación que produce en el hombre mediante la Gracia.

La *res sensibilis* es, por tanto, elemento necesario para la existencia de cualquier sacramento[18] . A semejanza de lo que ocurre en los compuestos físicos, el signo sensible sacramental se compone a su vez de materia y forma. La materia es la propia *res sensibilis* que puede comprender, tanto elementos materiales (materia remota), como actos humanos sensibles (la ablución, la unción, etcétera, que hace de materia próxima)[19]. De forma hacen, en cambio, las palabras por

15. *Ibid*. in c.
16. S. Th. Sup. q. 42, a. 2.
17. S. Th. III, q. 60, a. 2.
18. S. Th. III, q. 60, a. 4.
19. S. Th. III, q. 84, a. 2.

las que se expresa el significado de esos elementos materiales[20]. Materia y forma son, pues, como la esencia del sacramento en cuanto éste es signo sensible.

Además de realidad significante, el sacramento produce la santificación del hombre. Esto se realiza mediante la producción de la Gracia como efecto principal suyo; es consecuencia de la ordenación de todo sacramento a ser *remedium peccati*[21]. Pero los sacramentos están ordenados también al culto divino y algunos de modo directo e inmediato; son los que producen, además de la Gracia, otro efecto que es el carácter *(quamdam potentiam spiritualem ordinatam ad ea quæ sunt divini cultus)*[22].

Por último, los sacramentos son todos de institución divina: tienen a Dios como autor principal suyo[23]. Pero ha encomendado su administración a la Iglesia. Puede decirse, en consecuencia, que su causa eficiente principal es Dios y su causa instrumental el ministro que, en nombre de la Iglesia, lo confiere o administra[24].

En resumen, para la esencia de cualquier sacramento se requerirían los siguientes elementos: el signo sensible *(sacramentum tantum),* compuesto a su vez de materia y forma; la gracia *(res tantum),* como efecto principal; la institución divina y el ministro como causas eficiente principal e instrumental, respectivamente. En todos los sacramentos se da la llamada *res et sacramentum* como efecto secundario, que en algunos de ellos se identifica con el carácter[25].

3.3. *Elementos sacramentales del matrimonio*

Aplicando estas nociones al matrimonio, Santo Tomás concluye que en él se dan todos los requisitos necesarios para ser considerado uno de los siete sacramentos de la Nueva Ley instituidos por Cristo. La argumentación es muy sencilla, pero contundente: Todo sacramento implica un remedio contra el pecado, manifestado por signos sensibles, para producir la santidad de los hombres. Como todo esto se da en el matrimonio, se trata de uno de los sacramentos de la Nueva Ley[26].

A continuación, establece sus elementos sacramentales. En cuanto signo sensible *(sacramentum tantum),* su materia está formada por los propios actos de los

20. S. Th. III, q. 84, a. 6, ad 2.
21. S. Th. III. q. 63, a. 6.
22. S. Th. III, q. 63, a. 2.
23. S. Th. III, a. 64, a. 2.
24. S. Th. III, q. 64, a. l.
25. S. Th. In, a. 63, a. 6, ad 3.
26. S. Th. Sup. q. 42, a. 1.

contrayentes, mientras que las palabras por las que se manifiesta el consentimiento constituyen su forma[27].

En cuanto causa de la gracia *(res tantum)* y de otros efectos, en el matrimonio pueden distinguirse los siguientes aspectos: a) la *res contenta,* que es la gracia que confiere para realizar las obras pertenecientes a la vida matrimonial[28]; b) la *res non contenta,* que es la unión entre Cristo y la Iglesia, a la cual figura y representa, pero que no realiza propiamente. Por eso, esta es la *res significata non contenta*[29]; c) la *res et sacramentum,* que es el vínculo mismo u obligación mutua entre hombre y mujer, surgida mediante el consentimiento[30].

Sin embargo el matrimonio no se cuenta entre los sacramentos que imprimen carácter, si bien produce un efecto muy semejante, que algunos han considerado un cuasi–carácter. En los sacramentos que imprimen carácter se confiere potestad para los actos espirituales, pero el matrimonio sólo la confiere para los actos corporales. De aquí que el matrimonio, en razón de la potestad que mutuamente se transfieren ambos cónyuges, se asemeja a los sacramentos que imprimen carácter, y de ahí proviene también la perpetuidad del vínculo o indisolubilidad; pero se diferencia de ellos en que esta potestad se refiere a los actos corporales, y por esta razón no imprime propiamente carácter[31]. Del carácter corporal de esta potestad deriva también la disolución del vínculo mediante la muerte y la posibilidad de las segundas nupcias[32], que pueden estar dotadas también del carácter sacramental, si el segundo matrimonio reúne las condiciones exigidas para ser sacramento[33].

Por último, según vimos más arriba al hablar de las diversas instituciones del matrimonio, se refiere también a su institución divina como sacramento de la Nueva Ley para significar la unión entre Cristo y la Iglesia[34].

De esta apretada síntesis sobre la sacramentalidad del matrimonio nos interesa destacar especialmente algunos puntos:

a) El matrimonio es ante todo una institución natural. Pero el mismo Dios, que lo instituyó como realidad natural, lo ha elevado también a la dignidad de Sacramento. Sin embargo, esta elevación al plano sobrenatural no le hace cambiar de esencia: su naturaleza continúa siendo esencialmente la misma. La

27. S. Th. Sup. q. 42, a. 1, ad 1-2.
28. S. Th. Sup. q. 42, a. 1, ad 3.
29. S. Th. Sup. q. 42, a. 1, ad 4.
30. S. Th. Sup. q. 42, a. 1, ad 5.
31. S. Th. Sup. q. 49, a. 4, ad 5.
32. S. Th. Sup. q. 63, a. 1.
33. S. Th. Sup. q. 63, a. 2.
34. S. Th. Sup. q. 42, a. 2.

institución sacramental le hace ser signo figurativo y productor de la gracia y lo adapta a la situación del hombre redimido por Cristo, pero sin modificar ni su esencia, ni sus fines.

b) En cuanto signo sensible sacramental, el matrimonio figura la unión de Cristo con la Iglesia y ello de una doble manera: mediante el consentimiento significa la unión meramente moral o espiritual que hay entre Cristo y el alma por la gracia; mediante la cópula se significa la unión, también física, existente entre la Persona del Verbo y la naturaleza humana por la Encarnación[35]. De ahí también los diversos grados de indisolubilidad existentes, según el matrimonio haya sido consumado o no.

Esto significa que, como signo sensible, el matrimonio se realiza mediante actos externos transeúntes que, o bien le constituyen en su esencia (el consentimiento en el matrimonio *in fieri)*, o bien le confieren la plenitud de su significación sacramental (la cópula en el matrimonio *in facto esse).* Es el sacramento como acto o *sacramentum tantum.*

c) Pero, a semejanza de lo que ocurre con otros sacramentos como la Eucaristía, el matrimonio es también un estado de vida permanente *(res et sacramentum),* y en este sentido el sacramento del matrimonio se identifica con el vínculo mismo como expresión de la esencia del matrimonio. De aquí que tengan relevancia sacramental elementos que se refieren, como luego se verá, tanto a su causa eficiente (el consentimiento), como a su esencia (el vínculo) y a sus fines e integridad (la cópula). A su vez esa triple referencia sacramental despliega también sus consecuencias jurídicas: el consentimiento es el mismo acto jurídico por el que se constituye el matrimonio; la *res et sacramentum* se identifica con la relación jurídica matrimonial; la consumación sacramental por la cópula lo dota de su absoluta indisolubilidad.

d) La estrecha relación existente entre el sacramento como acto *(sacramentum tantum)* y el sacramento como estado *(res et sacramentum),* hace que en la doctrina de Santo Tomás no haya más que una distinción incipiente entre los actos sensibles del consentimiento, que constituyen la materia próxima del sacramento *in fieri* (en cuanto que son expresión de la entrega real de los cuerpos), y los actos corporales de la cópula, que constituyen la materia próxima del sacramento *in facto esse.* Mientras los actos de consentimiento son necesarios para la esencia del sacramento, los actos de la cópula sólo lo serán para su integridad (para la plenitud e integridad del signo sacramental). Sin embargo, en la medida en que la *potestas in corpus* que se entrega mutuamente debe estar ya presente en el

35. S. Th. Sup. q. 61, a. 2. ad 1.

acto del consentimiento y ello es necesario para la constitución de la esencia del matrimonio, la doctrina jurídica ha tendido posteriormente a identificar el *ius in corpus* con el objeto del consentimiento y, en cuanto que la esencia es objeto del consentimiento, también con la esencia del matrimonio.

Para Santo Tomás, los actos corporales, son sólo la materia del sacramento *in facto esse,* puesto que no son necesarios para constituir la esencia del sacramento, sino sólo su integridad[36]. A su vez, el hecho de que use la expresión *potestas ad actus corporales* para referirse al objeto del consentimiento[37], no se debe a que con ello pretenda agotar la esencia del matrimonio. Pretende simplemente expresar la necesidad de la materia para que el sacramento surja, siendo así que también son materia del sacramento (en la plenitud de su significación sacramental), los propios actos corporales, significados por el acto del consentimiento en virtud del cual los contrayentes consienten, implícitamente al menos, en la cópula conyugal[38].

4. La esencia del matrimonio

4.1. *El matrimonio como relación de unidad*

Como hemos visto ya, según Santo Tomás, en el matrimonio se pueden considerar tres aspectos fundamentales: la esencia o unión matrimonial misma, la causa o pacto conyugal, y el efecto que son los hijos[39]. El tratamiento de una realidad tan compleja como el matrimonio se simplifica mucho recurriendo a esta triple consideración que, a su vez, viene a identificarse con un tratamiento por las cuatro causas: material y formal (esencia), causa eficiente y causa final (efecto). A él nos atendremos aquí, comenzando por la esencia, que ponemos en el centro de nuestra atención. En la medida en que se relacionan con la esencia del matrimonio, trataremos también de los fines, propiedades esenciales y consentimiento, para completar así lo que sólo pretende ser una apretada síntesis de la doctrina tomista sobre la naturaleza del matrimonio.

Antes de entrar directamente en el tema objeto de este apartado, conviene aludir a una distinción que será necesario tener en cuenta para evitar confusiones. Se trata de la doble consideración que puede hacerse del matrimonio en cuanto acto (matrimonio *in fieri)* y en cuanto estado (matrimonio *in facto esse).* A

36. S. Th. Sup. q. 42, a. 4.
37. S. Th. Sup. q. 49, a. 3, ad 5.
38. S. Th. Sup. q. 48, a. 1.
39. S. Th. Sup. q. 44, a. 2.

la esencia del matrimonio en cuanto es un acto transeúnte, mediante el cual se realiza el pacto conyugal, y que hace a la vez de signo sacramental, nos hemos como elementos necesarios para la existencia del sacramento. En este apartado nos referiremos, en cambio, a la esencia del matrimonio en sí mismo considerado, es decir, como una institución permanente, que es, a la vez, el vínculo de una relación jurídica y el signo sacramental, especie de cuasi–carácter, que Santo Tomás llama *res et sacramentum*[40].

La cuestión sobre la esencia del matrimonio se la plantea Santo Tomás a partir de la cita bíblica donde se afirma que el matrimonio consiste en la unidad formada por dos personas que llegan a ser una sola carne *(una caro)*[41]. Ninguna definición podría expresar más quintaesenciadamente la naturaleza del matrimonio que esta expresión bíblica de *una caro.* Santo Tomás la toma intencionadamente como un dato del que hay que partir y que es la mejor garantía para resolver el problema que se ha planteado: si el matrimonio consiste esencialmente en una unión *(coniunctio)*[42].

La respuesta del Angélico se basa en la siguiente serie de razonamientos: la unión es una relación de equiparación *(relatio æquiparantiæ)* como la igualdad; es así que en el matrimonio se da este tipo de relación; luego el matrimonio es una unión[43].

La relación es aquello en virtud de lo cual varias cosas se ordenan mutuamente entre sí. Esto es lo que ocurre en el matrimonio, puesto que en él se establecen relaciones mutuas entre marido y mujer y viceversa. Luego el matrimonio es una relación[44].

Dentro del género de las relaciones, el matrimonio es una relación de unidad; por lo siguiente: la unión supone una cierta ordenación de varias cosas a un mismo objeto; por eso, varias cosas ordenadas a un objeto único *(ea quæ ordinantur ad aliquid unum)* puede decirse que se coadunan *(adunantur).* Así ocurre en el matrimonio, donde dos personas se ordenan mutuamente a una sola generación y educación de la prole y a la comunidad de vida conyugal. El matrimonio no es más que la unión de cuerpos y almas *(coniunctio corporum vel animorum)* en orden a esa única finalidad (*ad aliquod unum);* finalidad única que admite, a su vez, la consideración de varios aspectos, distintos, pero ordenados entre sí y no separables *(ad unam generationem et educationem prolies et ad unam vitam domesticam).* A

40. S. Th. Sup. q. 48, a. 2, ad 5.
41. S. Th. Sup. q. 44. a. 1, 2. La cita bíblica es Gen. 2, 24.
42. S. Th. Sup. q. 44, a. 1.
43. S. Th. Sup. q. 44, a. 1, n. 3.
44. S. Th. Sup. q. 44, a. l. sed contra.

este tipo de relaciones pertenecen también las sociedades y demás agrupaciones humanas, y en este sentido el matrimonio no es más que una de las especies de la sociedad, cuya diferencia específica respecto a otros tipos sociales proviene justamente de esa especificidad de sus fines (como un ejército se constituye para la guerra o una sociedad mercantil para la explotación de un determinado negocio, el matrimonio se constituye en orden a los hijos y a la comunidad de vida)[45].

Se entiende mejor esta especificidad de la sociedad conyugal si se responde a una posible objeción, que podría hacerse a esta consideración del matrimonio como relación de equiparación y de igualdad que se ha hecho. La objeción sería la siguiente: si la unión es una relación de equiparación, a semejanza de la igualdad, ocurre que la relación de igualdad no es numéricamente la misma en ambos extremos; luego tampoco lo es la unión. Por consiguiente, si el matrimonio es una unión, no puede haber un matrimonio único si continúan existiendo dos cónyuges como extremos en la relación[46].

En su respuesta, Santo Tomás analiza los elementos de toda relación, y muestra cómo la unidad del matrimonio no está basada en la constitución de una sola sustancia a partir de las personalidades de los cónyuges, que en cierto modo desaparecerían para formar una sustancia distinta (el matrimonio mismo), sino en la unidad que le presta la causa final del matrimonio y fundamento de la relación misma, que es la generación.

Efectivamente, en toda relación se puede distinguir aquello que le sirve de fundamento (causa), y los sujetos o extremos en los cuales se funda. Así en la relación de semejanza, el fundamento es la cualidad, mientras los sujetos son los extremos semejantes. Según el aspecto que en ella consideremos, esta relación será única o diversa: la unidad procede de su fundamento o causa, puesto que la cualidad no es numéricamente la misma en ambos extremos semejantes, pero sí lo es específicamente, mientras que la diversidad se basa en que sus extremos son numéricamente dos; lo mismo ocurre también en la relación de igualdad. En el caso del matrimonio, sucede algo parecido: en la relación matrimonial existen dos sujetos numéricamente distintos, que son las personas de los cónyuges, que conservan siempre su identidad personal, sin que ella se vea menoscabada por la unión matrimonial; pero se da también una unidad específica en base a la común finalidad del matrimonio, que actúa a su vez de fundamento de la relación matrimonial: la generación[47].

45. S. Th. Sup. q. 44, a. 1 y 2.
46. S. Th. Sup. q. 44, a. 1, n. 3.
47. S. Th. Sup. q. 44, a. 1, ad 3.

El matrimonio es, pues, una unidad *quia ad eumdem numero generationem ordinatur;* en este sentido, el matrimonio es una sociedad para engendrar hijos. Pero en esta sociedad los cónyuges no pierden su identidad personal, ni aquello que les caracteriza como personas. Precisamente el hecho de que la relación matrimonial se funde específicamente en la generación, es lo que hace que lo que podríamos llamar los sujetos próximos de esa relación, no sean tanto las personas de los cónyuges como aquella cualidad que los diferencia en marido y mujer, que es la estructura sexual de su personalidad. La unión matrimonial no se refiere a todas las esferas de la personalidad de cada cónyuge, sino sólo a aquella esfera sexual que los constituye en marido y mujer (virilidad y feminidad). En cuanto que los cónyuges son distintos entre sí, con una personalidad y unos fines personales que rebasan los específicamente matrimoniales, puede decirse que el matrimonio es una comunidad de personas. Si la unidad del matrimonio se basa en su fin principal, la generación, la diversidad de personas que lo constituyen exige también una esfera de personal autonomía que permita la realización de los fines personales de cada cónyuge. Pero en esta comunidad de personas no puede darse una contraposición entre los fines de la institución y los fines personales, puesto que unos y otros son los elementos necesarios y ordenados de una única estructura: la relación matrimonial.

En resumen, para Tomás de Aquino el matrimonio es una relación y es una unión. Es también uno de los tipos de la sociedad y es una comunidad: «la sociedad permanente entre varón y mujer para engendrar hijos», si utilizamos la expresión del Código de Derecho Canónico (c. 1082, 1), o si se prefiere, «la comunidad de vida conyugal» en orden a la generación y educación de los hijos, para decirlo con palabras del reciente Magisterio conciliar[48]. Examinaremos seguidamente algunos de los aspectos que se encuentran en esta doctrina para llegar a una mejor delimitación de la esencia del matrimonio.

4.2. *La materia del matrimonio*

La esencia del matrimonio está compuesta por aquellos principios que constituyen su naturaleza intrínseca, la materia y la forma.

Las personas legítimas que hacen de sujetos de la relación matrimonial son también la causa material del matrimonio (aquella materia sobre la que se constituye la unión)[49]. Estas personas son, por de pronto, un hombre y una mujer

48. *Gaudium et Spes,* n. 48.
49. S. Th. Sup. q. 44. a. 3.

(viri et mulieris maritalis coniunctio), pero es preciso determinar aún más lo que hace de sujeto próximo de esta unión puesto que, como ya se ha indicado, la sociedad conyugal no abarca todas las esferas de la personalidad de cada cónyuge, sino sólo aquel aspecto o cualidad de la persona que es su estructura sexual. A esta cuestión alude Santo Tomás en diversos pasajes de su tratado sobre el matrimonio, poniéndola en relación con lo que él llama la «potencia generativa» o «facultad generatriz».

Santo Tomás se pregunta si la obligación de pagar el débito conyugal se extiende a todos los momentos y situaciones de la vida matrimonial. De acuerdo con su doctrina sobre la primacía de los valores personales del individuo por encima de los de la especie, y que la institución del matrimonio pretende principalmente la satisfacción de estos últimos mediante la generación de los hijos, afirma que el recto orden natural exige atender primero al bien propio de cada uno, para después satisfacer el de los demás: *quia hic est ordo naturalis, ut prius aliquis in seipso perficiatur, et postmodum alteri de perfectione sua communicet.* Esto mismo lo ratifica también el orden de la caridad. Según esto, se debe atender antes a la conservación personal de la propia vida que a la propagación de la especie. Si distinguimos en cada individuo una potencia nutritiva de otra generativa, según el orden natural de las cosas la potencia nutritiva no suministra a la generativa sino lo superfluo para la conservación del individuo. Es lo que debe ocurrir también en el matrimonio. En él se confiere una *potestas in corpus* en orden a la generación *(ad generativam virtutem)*, pero esa potestad no se extiende a una disposición total sobre el otro cónyuge, como es, por ejemplo, aquello que afecta a la conservación de su vida *(non quantum ad ea quæ sunt ad conservationem individui ordinata)*. Por eso, cada cónyuge está obligado a pagar el débito en cuanto lo exige la generación de la prole, dejando siempre a salvo la incolumidad de su persona[50]. No habría por ello obligación de pagar el débito si existiese peligro para la vida de uno de los cónyuges, como pudiera ser el contraer una enfermedad contagiosa[51]. Por la misma razón, tampoco habría obligación de cohabitar en determinados casos, como la lepra, etc.[52].

De este modo se comprende mejor por qué es el propio cuerpo de los contrayentes aquello que se hace objeto de la potestad mutua que se entregan mediante el consentimiento. La *potestas in corpus* sirve así para expresar que la unión matrimonial no abarca propiamente todas las esferas de la personalidad, sino

50. S. Th. Sup. q. 64, a. 1.
51. S. Th. Sup. q. 64, a. 2, ad 2.
52. S. Th. Sup. q. 64, a. 2, ad 4.

justamente aquella donde primariamente reside la estructura sexual de cada sujeto: el cuerpo. Pero con ello no se quiere decir, ni que el Derecho al cuerpo sea total (puesto que no se entrega un dominio absoluto sobre el propio cuerpo sino sólo respecto a los actos matrimoniales)[53], ni que la *potestas in corpus* agote toda la esencia del matrimonio (puesto que el matrimonio es también comunidad de vida, y ésta comprende a la vez la *coniunctio corporum et animorum)*[54].

En resumen, elemento esencial del matrimonio (causa material intrínseca) son los dos sujetos que realizan la unión; *stricto sensu,* la estructura sexual de la persona (virilidad del varón y feminidad de la mujer), el *corpus,* según la expresión clásica, para indicar aquello que hace de principio más radical de la diferenciación sexual en el compuesto humano; sin que ello signifique, ni que la *potestas in corpus* se extienda a todas las facetas de la personalidad, ni que la comunidad de personas y de vida en que el matrimonio consiste se reduzca exclusivamente a la generación sexual, prescindiendo de la unión íntima que debe existir entre las personalidades de ambos cónyuges. En este sentido, el matrimonio ha sido certeramente considerado como una «unidad en la naturaleza» y una «unión de personalidades»[55]. Entendiendo así el matrimonio, no tiene por qué hacerse una artificial contraposición entre los llamados «fines de la Institución» (la generación) y los fines personales de los cónyuges (contraposición entre lo que se ha dado en llamar concepción institucional del matrimonio y la concepción personalista)[56].

4.3. *La forma esencial del matrimonio*

4.3.1. *Naturaleza del amor*

El matrimonio consiste esencialmente en una relación; esa relación une a los cónyuges entre sí y les confiere cierta unidad. Sujeto de esta relación de unidad son varón y mujer y, más específicamente, su estructura sexual (virilidad y feminidad) como causa material de la unión y, por consiguiente, del matrimonio. ¿En qué consiste la forma o causa formal de la unión matrimonial? Santo Tomás lo define directamente en los siguientes términos: la forma del matrimonio con-

53. S. Th. Sup. q. 65, a. 1, ad 6.

54. S. Th. Sup. q. 44, a. 1.

55. Cfr. Hervada – Lombardía, *El derecho del Pueblo de Dios, III. Derecho matrimonial* (1), Pamplona 1973, 29-31.

56. Sobre las relaciones entre los fines del matrimonio y el amor conyugal, en una interpretación que trata de salvar esa contraposición, puede verse Hervada – Lombardía, ob. cit., especialmente 31-65; 93-109.

siste en cierta unión indivisible de las personas *(quadam indivisibile coinunctione animorum)* mediante la cual los cónyuges se obligan mutuamente a guardarse una fidelidad indisoluble[57]. La forma del matrimonio reside, pues, en la unión misma *(coniunctio).* En otras ocasiones esta unión es designada como un vínculo, y Santo Tomás nos dirá también que el matrimonio es un vínculo por el cual los cónyuges se unen formalmente *(vinculum qua ligantur formaliter)*[58]. La idea de la unión y la idea de vínculo, la *coniunctio* y el *vinculum,* expresan de manera similar la forma esencial del matrimonio. ¿En qué consiste, a su vez, esta unión? Intentaremos mostrar cómo se trata tanto de una relación de amor como de una relación de justicia. La unión matrimonial está informada por el amor y por la justicia como elementos esenciales suyos. El matrimonio es una relación de amor y es también una relación de Derecho (vínculo de amor y vínculo jurídico).

En primer lugar, trataremos de definir el amor, y sus clases, para ver posteriormente en qué medida juega en relación con el matrimonio. Con el término «amor» suelen designarse distintas realidades que lo dotan de muy variadas significaciones ¿se trata de una pasión o de un acto voluntario? ¿Es sensible o espiritual? ¿Es egoísta o altruista? ¿Lo podemos considerar incluso como una virtud permanente? ¿Cuáles son sus causas y qué efectos produce?[59]. Estas y otras preguntas que podríamos hacernos sobre el amor humano nos confirman de que se trata de una realidad compleja que es preciso delimitar para no abusar de ella. Por lo pronto conviene decir enseguida que si tratamos de él es porque todo amor implica una cierta unión[60], e incluso se podría decir que el amor consiste esencialmente en un vínculo o nexo que une[61]. En este sentido, ¿puede identificarse sin más el amor con la unión matrimonial misma, con la esencia del matrimonio?

Una primera diferencia es la existente entre el amor sensible *(amor sensitivus)* y el amor espiritual *(amor intellectivus).* El amor sensible es el que procede del apetito sensible (concupiscible) *(est in appetitu sensitivo … Et pertinet ad concupiscibilem),* mientras que el amor espiritual es el que procede de la voluntad *(est in appetitu intellectivo)*[62]. Según esto, el amor sensible es una pasión *(passio)* y el amor espiritual un acto de voluntad *(actio)*[63] . En la medida en que es una pasión

57. S. Th. III, q. 29, a. 2.
58. S. Th. Sup. q. 44, a. 1, ad 1.
59. Vid. S. Th. I–II, q. 25-28.
60. S. Th. I–II, q. 25, a. 2, ad 2.
61. S. Th. I–II. q. 26, a. 2, n. 2.
62. S. Th. I–II, q. 26, a. 1.
63. S. Th. I–II, q. 26, a. 2.

o un acto, el amor no puede ser unión, puesto que la unión es una relación, y la relación de unión no es el amor mismo sino más bien la consecuencia del amor: *«Et sic patet quod amor non est ipsa relatio unionis, sed unio est consequens amorem.* Por eso se dice que el amor es una fuerza unitiva *(virtus unitiva)* y que la unión es una obra del amor *(unio est opus amoris)*[64]. Por otra parte, como las pasiones y los actos son movimientos del apetito (ya sea sensible o intelectual) y, por tanto, algo transeúnte, menos aún podrán identificarse con una unión estable y permanente.

Propiamente hablando, sin embargo, el amor es una pasión del apetito sensible y sólo por extensión puede hablarse también de él como de un acto de la voluntad[65].

Desde otro punto de vista, se pueden distinguir también cuatro tipos diferentes de amor: el amor propiamente dicho, el amor de dilección *(dilectio)*, la amistad y la caridad. Una primera diferencia entre ellos es que, mientras el amor y la dilección son actos *(passio* del apetito o *actus* de la voluntad, respectivamente), la amistad y la caridad son hábitos. Pero hay también una diferencia de contenido. Todos ellos tienen en común ser otros tantos tipos de amor, y por eso el amor (si utilizamos de nuevo el término en un sentido amplio) los comprende a todos: la dilección, la amistad y la caridad son formas de amor, pero no ocurre al revés, puesto que el amor propiamente dicho es sólo una pasión sensible. En este sentido, la dilección se diferencia del amor en que es un acto que supone una elección precedente, con su correspondiente juicio de razón, y por ello es también un acto voluntario (es amor espiritual). La caridad supone un perfeccionamiento del amor en cuanto que aquello que se ama se estima en gran manera *(magni prætii æstimatur)*[66] y es además una virtud sobrenatural. De la amistad hablaremos seguidamente.

Por último, el amor de amistad se diferencia, a su vez, del amor de concupiscencia. En realidad, se trata más bien de dos maneras de amar que de dos maneras de amor. Si amar es querer algún bien para alguien *(amare est velle alicui bonum)*, pueden darse dos movimientos de amor, según que el bien se quiera por sí mismo *(amor simpliciter)* o se quiera para otro *(amor secundum quid)*. El amor de concupiscencia *(amor concupiscentiæ)* se da respecto al bien que se quiere para otro (para sí o para los demás); el amor de amistad *(amor amicitiæ)* se da respecto al bien que se quiere por sí mismo, que es también aquel para quien se quiere el

64. S. Th. I–II, q. 26, a. 2, ad 2.
65. S. Th. I–II, q. 26, a. 2.
66. S. Th. I–II, q. 26, a. 3.

bien *(ad illud cui aliquis vult bonum)*[67]. El amor que se tiene al amigo es el mismo que se profesa uno a sí mismo y se desea el bien para él como se desea para sí mismo; con razón el amigo puede considerarse un *alter ego (alter ipse,* dice Santo Tomás citando a Aristóteles) o, como decía S. Agustín, la mitad de la propia alma *(Bene quidam dixit de amico suo, dimidium animæ suæ)*[68]. Aunque se trate de dos formas diversas de amor, está clara la mayor calidad moral del amor de amistad, también llamado de benevolencia *(amor amicitæ seu benevolentiæ)*[69], sobre el de concupiscencia.

Después de este somero análisis del amor en sí y sus principales formas, nos quedan por ver aún sus efectos. ¿Es la unión un efecto del amor? Al responder a esta primera cuestión, habremos contestado también indirectamente a la pregunta que habíamos dejado colgando, en cierto modo, al principio de nuestro análisis: ¿Cuál es la relación entre amor y matrimonio? Pues siendo el matrimonio una unión, la contestación dependerá de la respuesta que se dé a la primera de ambas cuestiones.

Para Santo Tomás el amor es una *vis unitiva* que implica una cierta unión entre amante y amado[70]. Esta unión se realiza de doble manera: a) como unión real *(unio realis, secundum rem),* cuando el amado está presente al amante; esta presencia produce gozo y delectación; b) como unión afectiva *(unio affectiva, secundum affectum),* que se basa en una inclinación mutua y puede existir sin la presencia mutua de amante y amado[71].

El amor es causa de estos dos tipos de unión, que se presentan, a su vez, como efecto suyo de un doble modo: a) *Effective:* el amor mueve a desear y buscar la presencia del amado como algo conveniente y que en cierto modo le pertenece. Esta unión, que se corresponde con la unión real, es la que es, *stricto sensu* y propiamente, efecto del amor *(effectus amoris).* Por ella ambos amantes desean hacerse una sola cosa *(ex ambobus fieri unum),* y eso les lleva a buscar la unión mediante la conversación y el coloquio de amor *(quærunt unionem quæ convenit et decet; ut scilicet simul conversentur, et simul colloquantur, et in aliis unius modi coniugantur).* b) *Formaliter:* en este caso la unión consiste en el amor mismo que es el nexo que une *(ipse amor est talis unio vel nexus).* Se corresponde con la unión afectiva, cuya esencia consiste en el amor mismo *(unio est essentialiter ipse amor)*[72].

67. S. Th. I–II, q. 26, a. 4.
68. S. Th. I–II, q. 28, a. 1.
69. S. Th. I–II, q. 27, a. 3.
70. S. Th. I–II, q. 25, a. 2, n. 2.
71. S. Th. I–II, q. 28, a. 1.
72. S. Th. I–II, q. 28, a. 1, in c y ad 2.

Distintas de estos dos tipos de uniones son la llamada unión sustancial *(unio substantialis, per essentiam)* y la unión de semejanza *(per similitudinem).* Por la unión sustancial se produce el amor de uno a sí mismo, mientras que por la unión de semejanza se aman las demás cosas en razón a la semejanza que tienen con el amante. Pero ocurre que el amor no puede ser causa de la unión sustancial o esencial, puesto que entonces no existiría amor a lo que por esencia está dividido, y en el caso de la unión de semejanza, propiamente el amor no es su causa sino que más bien es el amor el causado por ella[73]. Por ello en estos casos es la unión misma la que es causa del amor *(unio est causa amoris)* y no viceversa[74].

4.3.2. *Amor y esencia del matrimonio*

Podemos concluir ya este análisis preguntándonos qué tipos o formas del amor pueden darse en el matrimonio y cuál es la relación entre amor y la esencia del matrimonio.

Respecto a la primera cuestión, podría decirse que en principio todas las formas del amor analizadas pueden darse y son compatibles con el matrimonio mismo; es más, lo normal es que todas ellas se den de uno u otro modo en la vida matrimonial, en la medida en que se corresponden con las diversas maneras de amor de la persona, según las distintas situaciones personales por las que atraviesa: el matrimonio es, a la vez, amor sensible y amor espiritual (la *coniunctio corporum et animorum),* participa de la pasión y de la dilección, genera y fomenta la amistad entre los cónyuges *(amicitia coniugalis),* y cuando es también sobrenatural por intervención de la gracia puede producir las más altas manifestaciones de la caridad; por último, será en ocasiones simple amor de deseo (amor de concupiscencia), o se revestirá en otras de la abnegación, que lleva a la entrega total y desinteresada, que produce el amor de amistad y de benevolencia. Otra cosa es su diversa calidad ontológica o la distinta valoración moral que puedan merecer estas maneras de amor. En este sentido, por ejemplo, serán de mayor calidad entitativa el amor espiritual y la dilección que el amor sensible o puramente pasional; el amor de amistad supone una mayor altura moral que el simple amor de concupiscencia, etcétera. Por afectar todo ello a la vida matrimonial, el amor estará influido por todo el conjunto de vicisitudes por las que aquella atraviese.

Si lo anteriormente dicho es válido por lo que respecta a la vida matrimonial, se puede plantear sin embargo esta otra cuestión: ¿Qué relación existe entre

73. S. Th. I–II, q. 27, a. 3.
74. S. Th. I–II, q. 28, a. 1, n. 2, y ad 2.

amor y esencia del matrimonio? ¿Es el amor un elemento hasta tal punto necesario y esencial que su falta pudiera originar la inexistencia del matrimonio mismo? La pregunta no es espectacular, ni tremendista, puesto que si se afirma que el amor forma parte de la esencia del matrimonio, no podrá existir ésta si falta aquél. Una inevitable exigencia de lógica elemental impone que al tratar de la forma del matrimonio, como elemento esencial suyo, respondamos a la cuestión de en qué medida es el amor principio formal o forma del matrimonio y, por tanto, una de sus partes esenciales.

Santo Tomás no se plantea directamente la cuestión, pero su doctrina del amor y del matrimonio ofrecen el punto de partida sobre el que asentar una respuesta coherente. Esta base se encuentra sobre todo en su doctrina sobre las relaciones entre el amor y la unión que produce entre amante y amado, y en su análisis de la amistad o amor conyugal como amor específicamente matrimonial.

De acuerdo con su doctrina del amor como *virtus unitiva* y causa de la unión entre amante y amado, el amor se situaría tanto en la línea de la causa eficiente del matrimonio, como en la línea de la causa final y de la integridad, pero no en la línea de la esencia del matrimonio. Efectivamente, el amor será ordinariamente la fuerza *(vis unitiva)* que impela a prestar el consentimiento y mediante él la unión matrimonial. Pero siendo el consentimiento un acto de voluntad, el amor estará presente en él en la medida en que sea asumido por el acto voluntario. Cuando esto ocurra, el matrimonio será causado por un amor de dilección y ésta será la vía normal de constituir la unión matrimonial. También en este caso sigue siendo válido el principio *matrimonium non facit amor sed consensus,* pero se tratará de un consentimiento cuyo acto estará informado por el amor. Estamos, entonces, en presencia de un amor situado en la línea de la causa eficiente del matrimonio. El fruto de este amor será la unión *formaliter* en que el matrimonio propiamente consiste *(vinculum quo ligantur formaliter, non effective)*[75].

Pero el amor como causa de unión puede estar también en la línea de la causa final del matrimonio. Una vez constituido el vínculo mediante el consentimiento válido (la unión formal en que el matrimonio consiste), el amor puede seguir siendo causa de unión a través de las vicisitudes por las que atraviesa la vida matrimonial. En este caso se tratará del amor como causa de la unión real *(effective)* que ordinariamente existirá entre los cónyuges, cuando el matrimonio sigue una vía de normalidad. Este amor será el que impulsará también a la realización de los actos conyugales, mediante los cuales se realiza el matrimonio, y entre

75. S. Th. Sup. q. 44, a. 1, ad 1.

ellos la cópula conyugal, como manifestación de la unión real (cuasi–sustancial) entre los cónyuges y por la que principalmente ambos se hacen una sola carne. Puede alcanzar también las cimas más altas de la *dilectio* y la requerirá siempre, al menos en alguna proporción, para que la cópula conyugal revista las características de ser aquel acto humano que verdaderamente produce la consumación, en el caso del matrimonio sacramental. En la medida en que se encuentra habitualmente presente en las relaciones conyugales (como un hábito o virtud), podrá revestir también las formas de aquel amor de amistad que Santo Tomás, siguiendo a Aristóteles, denomina precisamente amistad conyugal *(amicitia coniugalis)*. En definitiva, se trata del amor que es necesario para la integridad del matrimonio, y para que sea efectivamente aquella comunidad de vida y amor que tendencialmente está llamado a ser.

Intencionadamente hemos dejado para el final aquel tipo de amor que puede situarse en la línea de la esencia del matrimonio. Si es posible decir, como dice Santo Tomás, que hay un tipo de unión (la unión formal) que *est essentialiter ipse amor*[76], y se dice al mismo tiempo, como también dice el Angélico, que el matrimonio no es otra cosa sino ese vínculo por el que se unen formalmente dos personas *(matrimonium est vinculum quo ligantur formaliter, non affective)*[77], es evidente que se está realizando una identificación entre amor y unión matrimonial, entre amor y matrimonio mismo. Situado este amor en la línea de la esencia, cabe preguntarse todavía: ¿Se identifican sin más el amor y la esencia del matrimonio? Más en concreto: ¿Es el amor la forma o causa formal del matrimonio? ¿Es sólo el amor aquello que constituye el principio formal de la esencia del matrimonio?

Comenzando por la última de las preguntas formuladas, es evidente que el amor no puede constituir de un modo absoluto y exclusivo la forma esencial del matrimonio puesto que si así fuese, desaparecido el amor en alguna de las vicisitudes por las que atraviesa la vida matrimonial, desaparecería también el matrimonio mismo. Y sabemos que no es esto lo que sucede, puesto que el vínculo matrimonial es permanente e indisoluble, y no depende de las variaciones, y ni siquiera de la completa desaparición del amor o incluso de su sustitución por el odio.

Como veremos más adelante, el matrimonio es también una unión basada en la justicia y no sólo en el amor, y de tal manera que podríamos adelantar ya que consiste esencialmente en ser, al menos, una relación jurídica que contiene

76. S. Th. I–II. q. 28, a. 1, ad 2.
77. S. Th. Sup. q. 44, a. 1, ad 1.

un vínculo indisoluble, también jurídicamente. La otra pregunta, en cambio, es más difícil de contestar: ¿Forma parte el amor de la esencia del matrimonio? La pregunta podría formularse también así: El amor conyugal, como amor específicamente matrimonial que presupone ya la existencia del vínculo, ¿pertenece a la esencia o a la integridad del matrimonio? La respuesta será más rigurosa si antes definimos qué se entiende por amor conyugal.

Santo Tomás trata expresamente del amor conyugal *(amicitia coniugalis)* en su comentario a la Ética de Aristóteles. Siguiendo al filósofo griego, considera que el amor conyugal es uno de los tipos que puede revestir el amor humano en una de sus formas más elevadas, la amistad.

Después de definir la amistad como la unión o sociedad formada por los amigos entre sí *(amicitia est quædam unio vel societas amicorum)*[78], considera la unión matrimonial como una de las especies de esta clase de sociedad, cuya diferencia específica estriba en los fines que semejante unión persigue, los hijos y la comunidad de vida entre hombre y mujer. Si la amistad es una de las formas de la comunidad *(omnis amicitia in communicatione consistit,* o como afirma Aristóteles, *in communitate quadam omnis amicitia versatur),* según aquello en que se comunique se distinguirán las diversas especies de sociedad y de amistad *(secundum communicationem species amiticiæ)*[79]. El amor entre hombre y mujer se ordena, tanto a los hijos como a todo lo necesario para la propia sociedad conyugal *(ad sufficientiam vitae domesticæ).* Dado que estos fines vienen a satisfacer necesidades profundamente arraigadas en la naturaleza, el amor conyugal está basado en una fuerte tendencia natural que hace que la sociedad conyugal sea anterior a la propia sociedad política, y que el hombre sienta una inclinación especialmente profunda hacia ella *(homo est animal naturaliter politicum; et multo magis est in natura hominis quod sit animal coniugale)*[80]. El amor conyugal se sitúa así como una de las más importantes manifestaciones del amor humano y de la amistad, y constituyendo como tal hábito, la primera de las formas sociales naturales: la sociedad conyugal.

En el amor conyugal se pueden distinguir dos aspectos: el amor conyugal como acto y el amor conyugal como hábito. Considerado como acto, se resuelve en determinadas manifestaciones de afecto entre los cónyuges, que tienen la característica de la transitoriedad, como la tiene todo acto humano, que es por naturaleza transeúnte. Considerado, en cambio, como hábito *(amicitia coniugalis,*

78. In Eth. Nic. L. VIII, VII, 277, C. 2 (ed. Parmae, 1866).
79. In Eth. Nic. L. VIII, XII, 288, c. 1.
80. In Eth. Nic. L. VIII, XII. 290.

propiamente dicha), el amor conyugal se podría definir como aquel hábito operativo de la voluntad, mediante el cual ambos cónyuges se aman mutuamente como marido y mujer, y se unen en la indivisa comunidad de vida que tiene por fin la generación y educación de los hijos. Por ser un hábito, el amor conyugal está hondamente arraigado en la voluntad y permanece siempre, al menos *virtualiter* (como una potencia o virtud), pudiendo decirse de él que imprime una huella en el alma, especie de carácter espiritual indeleble. Si en cuanto acto puede desaparecer, en cuanto hábito de la voluntad el amor conyugal tiene virtualidad para conservarse siempre, al menos potencialmente, pudiendo reaparecer y revivir a pesar de su posible pérdida aparente u ocasional *(amicitia remanet per habitum, etiam operatione cessante).* Con razón puede decirse de él que no se disuelve, por grande que sea la distancia entre los cónyuges *(amicitia simpliciter non dissolvitur propter distantiam locorum sed sola amicitiæ operatio)*[81]. Por otra parte, en cuanto hábito es también susceptible de una mayor o menor calidad moral, según sea la propia virtud de los cónyuges *(si vir et uxor sint virtuosi, poterit eorum amicitia esse propter virtutem)*[82].

Según este concepto del amor conyugal, y de acuerdo con la consideración del matrimonio como unión o sociedad basada en el amor *(unión formaliter, per affectum),* se puede concluir que el amor conyugal, como hábito permanente con virtualidad para subsistir, potencialmente al menos, mientras viven ambos cónyuges, (mientras permanece la virilidad y feminidad que constituye la materia específica de esa unión), forma parte indudablemente de la esencia del matrimonio. Más estrictamente, puede ser considerado como parte integrante de la forma o causa formal del matrimonio, en la medida en que ésta consiste en la unión misma entre los cónyuges. Si el amor produce aquella unión formal *(unio formalis),* que no tiene por qué ser siempre efectiva *(effective),* porque su esencia consiste precisamente en ser unión de amor *(unio est essentialiter ipse amor),* y el matrimonio consiste en aquel vínculo mediante el cual los cónyuges se unen formalmente, aunque no siempre efectivamente *(vinculum quo ligantur formaliter, non effective),* es preciso admitir que el amor, entendido como *amicitia coniugalis,* forma parte de la esencia del matrimonio y que éste consiste esencialmente en un vínculo de amor. Puede decirse, por tanto, que el vínculo matrimonial debe estar informado por el amor, el amor constituye su forma.

Ahora bien, como veremos a continuación, el vínculo del matrimonio no es solamente un vínculo de amor; es además un vínculo jurídico que está infor-

81. In Eth. Nic. L. VIII, V, 272, c. 1.
82. In Eth. Nic. L. VIII, XII, 290, c. 2.

mado igualmente por la justicia. En la esencia del matrimonio hay también una relación jurídica, basada a su vez en las propias exigencias del amor conyugal.

4.3.3. *El matrimonio como relación jurídica*

En la doctrina de Santo Tomás el matrimonio es considerado como una relación de igualdad proporcional[83].

De igual modo, para la doctrina tomista, las relaciones de amistad y de justicia son relaciones de igualdad proporcional[84]. De ahí que el matrimonio pueda ser considerado, al mismo tiempo, tanto una relación de amistad como una relación de justicia. Acabamos de ver las relaciones entre amor y matrimonio. Lo veremos ahora como una relación jurídica. En la esencia del matrimonio se contiene también una relación jurídica.

Las relaciones de justicia se caracterizan por ser relaciones de igualdad y relaciones de débito. La razón de la justicia consiste, según Santo Tomás, en que se dé a cada uno lo que le es debido según la igualdad *(ratio iustitiæ consistit in hoc quod alteri reddatur quod ei debetur secundum æqualitatem).* De aquí que pueda haber dos modos para que no pueda darse relación de justicia: o bien porque falta la razón de igualdad o porque falta la razón de débito[85].

Por otra parte, esa relación de igualdad y de débito requiere, para ser justa, la proporción. Así lo afirma Santo Tomás al referirse al Derecho como objeto de la justicia. El Derecho, considerado como aquello que pertenece a otra persona, como lo suyo, consiste en aquello que le es debido según una igualdad de proporción *(hoc autem dicitur esse suum unius cuiusque personæ quod ei secundum proportionis æqualitatem debetur).* Por eso el acto propio de la virtud de la justicia no es otra cosa sino dar a cada uno lo suyo *(reddere unicuique quod suum est)*[86].

En resumen, según la doctrina tomista se encuentra una relación de justicia allí donde exista una razón de igualdad y una razón de débito. A su vez, esa igualdad y débito deben serlo según una cierta proporción. Es lo que ocurre en su consideración del matrimonio como una relación jurídica de igualdad proporcional.

Ya en su comentario a la Ética aristotélica, Santo Tomás se había referido al matrimonio como una relación de justicia. «Preguntarse de qué modo ha de

83. S. Th. Sup. q. 64, a. 3, in c.
84. In Eth. Nic. L. VIII, VII, 277, c. 2.
85. S. Th. II–II, q. 80, a. 1.
86. S. Th. II–II, q. 58, a. 10.

vivir el marido con la mujer, había afirmado Aristóteles, no es otra cosa que investigar cuál sea el Derecho existente entre ellos» *(quid inter eos iuris intercedat).* «Por eso, comenta Santo Tomás, ambos observen lo que es según justicia» *(Sic enim debent ad invicem convivere, ut uterque servet alteri quod iustum est)*[87].

Al tratar sobre el sacramento del matrimonio, Santo Tomás tiene presente siempre, al menos de un modo latente, que el matrimonio consiste esencialmente en una relación jurídica. Así es como utiliza una distinción que sólo tiene sentido si se considera ese aspecto, consustancial con el verdadero matrimonio, que es el aspecto jurídico. Se trata de la distinción entre matrimonio de Derecho *(de iure)* y matrimonio de hecho *(de facto),* de la que nos habla especialmente al referirse a la bigamia, como aquella situación irregular caracterizada, precisamente, porque para su existencia es necesaria previamente la existencia de un verdadero matrimonio (matrimonio *de iure),* mientras que otras posibles uniones que, conservándose ese vínculo, se contraigan, no serán más que meras uniones de hecho (matrimonio *de facto),* pero no auténticos matrimonios[88].

De todas maneras, del matrimonio como relación de justicia se trata específicamente en la cuestión que el Santo dedica al débito conyugal[89]. Los siete artículos en que esta cuestión se divide y en los que se hace un tratamiento bastante exhaustivo y casuístico del débito conyugal, están presididos por la idea de que el matrimonio es una auténtica relación jurídica, de igualdad proporcional, no siendo el débito conyugal sino una consecuencia que de ella surge y, por tanto, algo que está reglado y medido por el Derecho.

En el artículo 3 se pregunta Santo Tomás, si los cónyuges son iguales en cuanto al uso del matrimonio. Su contestación afirmativa está basada en su consideración del matrimonio como una igualdad proporcional entre marido y mujer. Partiendo de la doctrina paulina sobre la potestad mutua de los cónyuges respecto al cuerpo de su consorte *(«vir non habet potestatem sui corporis…»),* afirma que ambos cónyuges son iguales en orden al acto matrimonial. Distingue, a su vez, entre la igualdad de cantidad y de proporción, y afirma que sólo la igualdad proporcional es aplicable a la unión matrimonial. Considera que existe igualdad proporcional entre marido y mujer, tanto en lo que respecta al acto conyugal como en lo referente al gobierno de la casa, pues a uno y otro le corresponde lo propio del varón y lo propio de la mujer en estas materias. Y concluye que en este sentido puede afirmarse, como lo hace Pedro Lombardo, que marido y

87. In Eth. Nic. L. VIII, XII, 290, c. 2.
88. S. Th. Sup. q. 66. a. 2.
89. S. Th. Sup. q. 64.

mujer son iguales en cuanto a pagar y pedir el débito conyugal[90]. La igualdad proporcional se establece así en el mutuo complemento virilidad–feminidad en orden al matrimonio. Marido y mujer no son iguales como pueden serlo dos cantidades con el mismo número y medida (igualdad de cantidad), pero sí lo son en cuanto su estructura sexual está ordenada mutuamente en orden a los fines de la comunidad conyugal. Entre ellos existe una relación de igualdad proporcional y de débito, una relación de justicia.

Entre las consecuencias que saca al hecho de que el matrimonio sea una relación jurídica, está la de la ilicitud de los votos contrarios al débito conyugal (continencia periódica o perpetua), hechos sin el mutuo consentimiento; la razón principal que alega el Santo es que sólo pueden hacerse votos de las cosas que dependen de la propia voluntad. Dado que el cuerpo no depende de la voluntad del contrayente en los actos ordenados a la generación, no pueden hacerse votos contrarios al débito sin el consentimiento del otro[91]. Todo ello por una razón de justicia: en el matrimonio existen mutuos derechos y deberes entre los cónyuges; la realización de la vida matrimonial no depende del arbitrio, ni del capricho de los cónyuges; está sometida a exigencias de justicia y regulada por el Derecho. El matrimonio es una relación jurídica.

4.3.4. *Esencia del matrimonio y juridicidad: Derecho divino y humano en la regulación de la relación jurídica matrimonial*

Que el matrimonio es una relación jurídica significa, entre otras cosas, no sólo que no es una simple relación de hecho, sino que tampoco es una simple relación moral, regulada por leyes exclusivamente morales entre varón y mujer. Se trata de una relación de Derecho, cuya regulación se establece por el propio Derecho divino natural (en cuanto institución natural) y positivo (en cuanto Sacramento), pero también por el Derecho y las leyes humanas, que deben desarrollar y determinar los contenidos del Derecho divino, para deducir de sus principios todas las consecuencias. A ello se refiere Santo Tomás al hablar precisamente de la indisolubilidad del matrimonio, a la que, en consecuencia, no considera como un simple imperativo ético, sino también un principio jurídico de Derecho divino que el Derecho humano debe complementar.

Para Santo Tomás, el matrimonio está sometido al Derecho en la medida en que sus fines, y especialmente el fin primario de la generación, se ordenan al

90. S. Th. q. 64, a. 3.
91. S. Th. q. 64, a. 4 y a. 7.

bien común de la humanidad y de los contrayentes. Es así que las leyes se establecen para regular el bien común *(ordinatio rationis ad bonum commune),* con razón una institución tan importante para la sociedad como el matrimonio es necesario que sea regulada, tanto por el Derecho divino como por las leyes humanas *(cum lex instituatur ad bonum commune, ea quæ pertinent ad generationem, præ aliis oportet legibus ordinari et divinis et humanis)*[92].

A continuación explica cómo, siendo primariamente el matrimonio una institución de ley natural, era conveniente también que fuese regulado por el Derecho divino positivo y por la ley humana. «Las leyes positivas, si son humanas, conviene que deriven de las inclinaciones naturales (ley natural), de igual modo que en las ciencias demostrativas todas las conclusiones proceden de los principios naturalmente conocidos. Si son divinas, no sólo perfeccionan la ley natural, sino que además la completan y suplen en sus defectos, de la misma manera que la verdad revelada supera la capacidad natural de la razón. Por esta razón, la natural inclinación que existe entre hombre y mujer a formar una unión indivisible y única (de uno con una), conviene que sea sancionada también por la ley humana. Además, la ley divina sobrenatural añade una nueva razón para que esa unión sea indisoluble: su significación sacramental, por ser el signo de la unión indivisible entre Cristo y la Iglesia, que es de uno con una (Eph 5,32). Por este motivo, las transgresiones de leyes en materia matrimonial no sólo son contrarias a la ley natural, sino también a las mismas leyes divinas (reveladas) y humanas»[93].

Así, para la doctrina tomista, la relación jurídica matrimonial está regulada tanto por principios de Derecho divino, natural y positivo, como por principios del Derecho humano. Unos y otros son complementarios, y convierten a la unión matrimonial en una relación dotada de una intrínseca y esencial juridicidad, que la diferencian de la mera convivencia de hecho o de la simple imperatividad moral.

4.4. *Esencia e integridad del matrimonio. La «una caro»*

Tomando pie en los textos de la Sagrada Escritura, donde se considera al matrimonio como la unión de dos personas en una sola carne, Santo Tomás sostiene también que la *una caro* es lo que constituye la esencia del matrimonio. Para expresar la naturaleza esencial del matrimonio desde el momento mismo

92. *Summa contra Gentes,* L. III, c. 123.
93. Ibídem.

de su institución divina, ninguna otra expresión más exacta ni más clara que aquella misma que utiliza la Palabra revelada en el Génesis: *Et erunt duo in carne una*[94]. El matrimonio es en esencia la *una caro,* como expresión certera de la única e indivisible unidad de ambos cónyuges.

Ahora bien, Santo Tomás pretende delimitar con exactitud cuál es el significado v preciso de la *una caro* como esencia del matrimonio. Y se plantea la siguiente cuestión: Si el matrimonio consiste en ser dos personas una sola carne y esto no puede realizarse sin el acto conyugal, ¿habría que afirmar, en consecuencia, que la cópula carnal es de la esencia del matrimonio, de tal manera que éste no se constituirá hasta tanto no se haya verificado la cópula?

La respuesta de Tomás es negativa y se basa en la siguiente argumentación. La perfección de un ser, su integridad, se puede realizar de dos maneras. La primera, en cuanto a su perfección primera, consiste en el ser mismo de la cosa *(in ipso esse rei).* Mediante ella la esencia de una cosa recibe su acto de ser y su estructura fundamental. La segunda, en cuanto a su perfección segunda, consiste en su acto u operación. Ahora bien, la cópula carnal es aquel acto u operación mediante el cual se usa del matrimonio Luego la cópula no pertenece al ser o perfección primera del matrimonio, sino que se refiere a su segunda perfección e integridad[95].

Por otra parte, afirma Santo Tomás, tampoco hay que pensar que para la realización de la *una caro* sea necesaria la cópula. Cuando el Génesis habla de la *una caro* no la entiende sólo referida a la segunda perfección del matrimonio, sino también a la primera, a la que propiamente constituye su ser. Por consiguiente, la *una caro* se realiza en su esencia sin necesidad de la cópula carnal, la cual sólo es necesaria para su integridad o perfección segunda[96].

Lo que se ha dicho de la cópula puede decirse también de todos los fines del matrimonio. Estos se refieren también a la realización de su integridad o perfección segunda, pero la consecución de los fines no es necesaria para constituir la esencia del matrimonio. La razón está en que los seres realizan sus fines mediante actos u operaciones y los actos y operaciones no se refieren al ser de una cosa sino a su integridad o perfección segunda. Por esta misma razón, la cópula hay que situarla en la línea de los fines y no en la línea de la esencia del matrimonio[97].

Tanto la cópula conyugal como los restantes actos matrimoniales están situados en la línea de los fines y no de la esencia del matrimonio, no pertenecen a

94. Gen 2, 24.
95. S. Th. Sup. q. 42, a. 4.
96. S. Th. Sup. q. 42, a. 4, ad 1.
97. S. Th. Sup. q. 42, a. 4, ad 2.

su esencia sino a su integridad. Veremos a continuación cuál es la relación entre esencia y fines del matrimonio. Ya es posible adelantar que, aunque existan unos fines esenciales, su realización efectiva se refiere a la integridad y no a la esencia del matrimonio.

5. Esencia, fines y propiedades esenciales del matrimonio

5.1. *Clases de fines*

Un estudio sobre la esencia del matrimonio quedaría incompleto si no se hiciera también una referencia a sus relaciones con los fines y propiedades esenciales. Existe una profunda vinculación entre esencia, fines y propiedades esenciales del matrimonio.

Para Santo Tomás la unión matrimonial puede considerarse como equivalente a la relación misma en que el matrimonio consiste, y es tanto como referirse a la esencia y cabe considerarla también respecto a los actos de quienes se unen en matrimonio, lo que equivale a considerarla bajo el aspecto de fin[98].

Desde otro punto de vista, Santo Tomás nos dirá también que la causa final o fin es aquello precisamente a que se ordena la esencia del matrimonio *(ad quam matrimonium est de* se *ordinatum)*[99]. Pero ambos, esencia y fines, no se confunden, ni se identifican. Los fines están en la esencia como en sus principios. La esencia, a su vez, posee una ordenación intrínseca a los fines. Pero son realidades diversas, que existen con independencia y no pueden confundirse.

Esto lo vemos con mayor claridad si se considera que no todos los fines del matrimonio son esenciales. Para Santo Tomás la causa final del matrimonio se puede considerar de dos maneras: *per* se y *per accidens,* esencial y accidentalmente. La causa final *per se* o fin esencial del matrimonio es aquello a lo que se ordena éste; en este sentido, el matrimonio dice ordenación a la prole y al remedio. La causa final *per accidens,* o fin accidental del matrimonio, es aquello que se proponen los contrayentes mediante el matrimonio; siendo infinitas las causas accidentales, también en el matrimonio pueden darse infinitud de fines accidentales, unas veces honestos y en otras ocasiones incluso torpes[100].

A su vez, entre los fines esenciales, cabe considerar aquello que es de por sí causa directa y principal del matrimonio (fin principal), y lo que sólo son fines esenciales secundarios que, como en el caso de los fines accidentales, pueden

98. S. Th. Sup. q. 48, a. 2, ad 2.
99. S. Th. Sup. q. 48, a. 2.
100. S. Th. Sup. q. 48, a. 2.

ser múltiples y variados[101]. Pero ambos tipos de fines, principales y secundarios, tienen de común el ser esenciales y ser perseguidos *per se,* como fines objetivos de la institución *(finis operis);* mientras que los fines accidentales dependen de la intención de los contrayentes *(finis operantis)* y de ahí que no sean necesarios para la existencia y validez del matrimonio, siempre que los contrayentes no excluyan los esenciales[102]. Santo Tomás considera la procreación y educación de la prole como fin principal y la ayuda mutua y el remedio como fines secundarios, mientras que no enumera los accidentales por considerarlos infinitos (salud, dinero, belleza, etc.)[103].

Después de haber enumerado las clases de fines, pueden deducirse fácilmente cuáles pueden ser las relaciones entre ellos. En primer lugar, ya se ha dicho que ningún fin accidental es necesario para que la esencia del matrimonio se constituya válidamente. Por tanto, es claro que hay una primacía objetiva de los fines esenciales sobre los demás. En segundo lugar, también entre los propios fines esenciales existe una jerarquía objetiva. Santo Tomás la establece poniendo en conexión los bienes y fines del matrimonio.

5.2. *Bienes y fines del matrimonio. Relaciones entre los fines: la ordinatio ad prolem*

Al considerar la bondad moral del matrimonio en la doctrina tomista, se pueden ver nuevamente las relaciones existentes entre esencia y fines. Para Santo Tomás, los bienes agustinianos del matrimonio hay que considerarlos tanto en la línea de la esencia como en la línea de los fines. En primer lugar, los bienes del matrimonio *(prole, fides, sacramentum)* pertenecen a su esencia y por eso el matrimonio tiene una bondad en sí, es bueno esencialmente, por su propia esencia[104]. En cuanto que ha sido instituido como un deber natural y como remedio, el matrimonio es por esencia bueno, útil y honesto[105]. En segundo lugar, los bienes del matrimonio pueden ser también considerados como fines del mismo.

Efectivamente, según Santo Tomás, el matrimonio tiene como fin principal la procreación y educación de la prole, el cual le corresponde al hombre según su naturaleza genérica, en cuanto que forma parte del género animal. Este fin se corresponde con el bien de la prole. Como fin secundario, al matrimonio le

101. S. Th. Sup. q. 48, a. 2, ad 1.
102. S. Th. Sup. q. 48, a. 2, ad 3.
103. S. Th. Sup. q. 49, a. 2, ad 1; q. 65, a. 1.
104. S. Th. Sup. q. 49, a. 1, ad 2.
105. S. Th. Sup. q. 49, a. 1, ad 3.

compete la comunicación de las obras que son necesarias para la vida, finalidad que es específicamente humana y no se da en las restantes uniones del género animal; corresponde al bien de la fidelidad. Por último, una tercera finalidad del matrimonio es la de ser signo de la unión entre Cristo y la Iglesia, la cual es privativa del matrimonio entre bautizados y, por tanto, le compete al matrimonio del hombre en cuanto fiel cristiano; se corresponde con el bien del sacramento. En resumen, el fin primario o bien de la prole corresponde al hombre en cuanto perteneciente al género animal; el fin secundario o bien de la fidelidad, en cuanto es hombre; el otro fin secundario o bien del sacramento, en cuanto fiel cristiano[106].

Afirmada esta mutua relación entre bienes y fines del matrimonio, lógicamente la misma jerarquía que se establezca entre los bienes habría que establecer también entre los fines. Esta jerarquía se la plantea expresamente Santo Tomás en una de sus cuestiones.

Efectivamente, Santo Tomás se pregunta si el bien del sacramento es el más principal entre los bienes del matrimonio. En su respuesta a la cuestión distingue entre lo que es más principal por ser más esencial y lo que es más principal por ser más digno. En este sentido, tratándose de la dignidad, no cabe duda de que el bien del sacramento es el más digno entre los bienes del matrimonio, ya que le pertenece en cuanto es un sacramento de la Gracia, mientras que los otros dos bienes le corresponden sólo en cuanto es *officium naturæ*. La perfección de la gracia es más digna que la de la naturaleza.

Pero si nos fijamos en lo que es más principal por razón de la esencia, entonces cabe distinguir a su vez dos puntos de vista. En primer lugar, la *fides* y la *proles* pueden considerarse en sí mismas, en cuyo caso se refieren al uso del matrimonio, mediante el cual se engendran los hijos y se guarda el pacto conyugal. En cambio, la indisolubilidad que implica el *sacramentum* se refiere al matrimonio en sí y no a su uso, de tal manera que no puede darse nunca un matrimonio sin indisolubilidad, mientras que pueden encontrarse matrimonios sin hijos y sin fidelidad. La razón es que la esencia de una cosa no depende de su uso y por este motivo el bien del sacramento, en cuanto implica la indisolubilidad, es el bien más esencial del matrimonio.

En segundo lugar, sin embargo, se pueden considerar los bienes del matrimonio en cuanto se encuentran en sus principios: en lugar de la prole, se considera la intención de tenerla, y en lugar de la fidelidad, el deber de guardarla. Siendo así que el matrimonio surge de un contrato, no puede existir un verdadero ma-

106. S. Th. Sup. q. 65, a. 1.

trimonio si mediante el consentimiento se ha excluido la prole o la fidelidad. Y tomando los bienes del matrimonio en este último sentido, el bien de la prole es el más esencial *(essentialissimum)* de los bienes del matrimonio, siguiéndole en importancia la fidelidad y el sacramento; de igual modo a como ocurre en el hombre, para el que es más esencial el ser de naturaleza que el de Gracia, a pesar de que el de Gracia sea el más digno[107].

Más adelante, en la respuesta a una de las objeciones, vuelve a afirmar que el bien de la prole es el más principal, en cuanto que corresponde a la primera intención de la naturaleza, aunque sea lo último que se logre *(finis secundum intentionem est primum in re, sed secundum consecutionem est ultimum)*[108]. Además, en el bien de la prole no se incluye sólo su procreación sino también su educación y a la educación de la prole se ordena, como a su fin, toda la comunicación de obras que hay entre el hombre y mujer unidos en matrimonio. También en este sentido el bien de la prole hace de fin principal, en el cual se incluyen los otros como secundarios[109].

Así pues, existe una ordenación de los fines entre sí, cuya primacía corresponde al fin de la procreación y educación de los hijos fin principal del matrimonio, al que por naturaleza se ordenan intrínsecamente los demás fines, llamados por eso secundarios. Esta *ordinatio ad prolem* deriva de la jerarquía y subordinación existente entre los bienes del matrimonio por razón de su esencia.

5.3. *Bien común del matrimonio y bien personal de los cónyuges*

Un punto interesante de la doctrina tomista, en el tema de los fines, es que en ella no cabe una falsa y superficial contraposición dialéctica entre el bien del matrimonio, considerado como institución objetiva, y el bien de los cónyuges, considerados como personas. Es ficticia, en base a la doctrina tomista, la pretensión de contraponer una concepción institucional del matrimonio con una concepción personalista del mismo. Lo institucional y lo personal encuentran su equilibrio en la doctrina tomista del bien común aplicada al matrimonio.

Para Santo Tomás el bien común del matrimonio es la prole. Precisamente en esto se basa su indisolubilidad, puesto que el matrimonio, según la intención de la naturaleza, se ordena a la educación de la prole, no ya durante algún tiempo, sino mientras vivan los hijos. Es de ley natural que «los padres atesoren para los

107. S. Th. Sup. q. 49, a. 3.
108. S. Th. Sup. q. 49, a. 3, ad 1.
109. S. Th. Sup. q. 49, a. 2, ad 1.

hijos» (S. Pablo, II Cor 12, 14) y que los hijos hereden a sus padres. Siendo, pues, la prole un bien común del marido y de la mujer, es preciso que la sociedad matrimonial sea perpetuamente insoluble[110].

¿Qué ocurre, entonces, en el caso del matrimonio sin hijos? También entonces continúa existiendo un bien común del matrimonio que no podrán ser en ese caso los hijos, sino lo que podríamos considerar un bien común secundario del matrimonio, que coincidirá totalmente con el propio fin personal de cada cónyuge. Con palabras del Santo Doctor, podríamos decir que «el matrimonio se ordena principalmente al bien común por razón de su fin primario, que es el bien de la prole, aunque, atendiendo al fin secundario, se ordena al bien de los cónyuges, en cuanto que es remedio de la concupiscencia. Por esta razón, en las leyes que regulan el matrimonio se atiende más a lo que conviene a todos que a lo que interesa a uno sólo y aunque la indisolubilidad del matrimonio puede impedir el bien de la prole en algún caso, sin embargo es conveniente para el bien de los hijos en general»[111].

A parte las razones aducidas en favor de la indisolubilidad, que ahora no nos interesa considerar, en la doctrina del Santo, arriba expuesta, se encuentra una aplicación particular al tema del matrimonio, en su doctrina general de las relaciones entre bien común y bien particular[112], que impide, como hemos dicho, una superficial contraposición entre el bien común del matrimonio y el bien propio de cada uno de los cónyuges. Cuando existen los hijos, bien común del matrimonio y bien personal de los cónyuges coinciden, puesto que la comunidad de vida entre los cónyuges debe estar ordenada al fin principal del matrimonio que son los hijos. En el caso de que la prole falte, el matrimonio continúa teniendo un bien común que, en este caso, no coincidirá con los hijos, puesto que no existen, sino que consistirá cabalmente en el bien propio de cada contrayente. Bien común del matrimonio serán entonces los fines secundarios del matrimonio, ante la imposibilidad de hecho del fin principal. Aunque no es

110. S. Th. Sup. q. 67, a. 1.

111. S. Th. Sup. q. 67, a. 1. ad 4.

112. Sobre las. relaciones entre bien común y bien personal en la doctrina de Santo Tomás puede verse, entre otros, los siguientes autores: Maritain, J., *La personne et le bien commun*, Paris 1947; Lachance, L., *Le bien propre et ses rélations au bien commun*, en *Proccedings of the Tenth International Congress of Philosophy*, Amsterdam 1948-1949; Todoli, J., *El bien común*, Madrid 1951; De Koninck, Ch., *De la primacía del bien común contra los personalistas*, Madrid 1952; Ramírez, S., *Doctrina política de Santo Tomás*, Freiburg 1953; *Pueblo y gobernantes al servicio del bien común*, Madrid 1956; Alcorta y Echeverría, J. 1., *Bien ontológico y bien moral*, en *Actes du XI Congres International de Philosophie*, vol. X, Bruxelles 1956; Derisi, O. N., *Relaciones del bien de la persona y del bien de la sociedad*, Sapientia XII (1957) 169-177; Urdánoz, T., *El bien común según Santo Tomás*, en *Summa Theologica*, Madrid 1956; Utz, A. F., *Ética social*, Barcelona 1961; Cardona, C., *La metafísica del bien común*, Madrid 1966.

una terminología usada por Santo Tomás, se podría hablar de un bien común primario del matrimonio (los hijos) y un bien común secundario del matrimonio (los fines secundarios). En el caso del matrimonio con hijos, el bien común del matrimonio estará formado, tanto por el bien propio de los hijos como por el bien propio de los contrayentes. En el caso de que falten los hijos, sólo podrá estar constituido por el bien propio personal de los contrayentes. Pero en uno y otro caso, ambos tipos de bienes (el del matrimonio y el de los cónyuges) coinciden sustancialmente, y no puede hablarse legítimamente de una contraposición entre el bien común del matrimonio y el bien personal de los cónyuges.

5.4. *Esencia y propiedades esenciales. Unidad e indisolubilidad*

En estrecha conexión con la esencia y los fines del matrimonio se encuentran sus propiedades esenciales. Aunque, en rigor, las propiedades esenciales de un ser no pertenecen a su esencia, sin embargo derivan necesariamente de ella, y, como los fines, en ella se encuentran contenidas como en sus principios[113]. Esto es lo que ocurre con la unidad e indisolubilidad del matrimonio, cuyo fundamento es puesto por Santo Tomás en la esencia misma del matrimonio, como algo que acompaña a su naturaleza y que deriva de sus bienes y fines esenciales.

En primer lugar, las propiedades esenciales del matrimonio derivan de sus bienes como una consecuencia de los mismos. Así lo afirma expresamente Santo Tomás, al responder a la objeción que él mismo se hace sobre la conveniencia de que se señale un bien al matrimonio que corresponda a la unidad así como al bien del sacramento le corresponde la indisolubilidad. Santo Tomás responde que al bien del sacramento, no sólo corresponde la indisolubilidad del matrimonio, sino también todas aquellas consecuencias que derivan del matrimonio en cuanto significa la unión de Cristo con la Iglesia; por tanto, también la unidad. Pero es que, además de derivar de la Sacramentalidad, la unidad se corresponde también con un bien del matrimonio del que deriva, que es la fidelidad[114].

En segundo lugar, así como los fines del matrimonio se corresponden con sus bienes, de igual modo las propiedades esenciales fluyen de los fines y en ellos encuentran precisamente su fundamento de Derecho natural. En la medida en que los fines del matrimonio son de Derecho natural, en esa medida lo serán las propiedades esenciales que de ellos derivan. Como veremos, estas propiedades

113. S. Th. q. 77, a. 1, ad 5.
114. S. Th. Sup. q. 49, a. 2, n. 4 y ad 4.

serán calificadas de Derecho natural primario o secundario, según deriven del fin principal o de los fines secundarios del matrimonio [115].

Por último, las propiedades esenciales derivan también de las exigencias del amor conyugal, y en este sentido también conectan con la esencia del matrimonio, cabalmente en la medida en que el propio amor conyugal puede formar parte de ella.

A continuación veremos por separado la unidad e indisolubilidad.

5.4.1. *Unidad y fines del matrimonio*

En cuanto fundada en los fines del matrimonio, la unidad es una propiedad de Derecho natural secundario. Las razones alegadas por Santo Tomás se basan en una argumentación que consta de dos partes. En la primera expone cuándo una acción es contraria al Derecho natural primario y cuándo al secundario. «Una acción puede no ser conveniente al fin principal o al secundario. Esto puede ocurrir de dos maneras. En primer lugar, porque impida completamente la realización del fin; así ocurre con el exceso o defecto de alimento que impide la salud del cuerpo, fin principal de la alimentación, e impide también una buena aptitud para el trabajo, que es su fin secundario. En segundo lugar, porque hace difícil o menos honesta la realización del fin principal o secundario; es lo que ocurre con la comida a deshora, tomada en tiempo indebido. En estos casos, cuando la acción impide por completo el fin principal, está directamente prohibida por los preceptos primarios de la ley natural, que son respecto a la razón práctica lo que los primeros principios respecto a la especulativa. Cuando sólo sea contraria a los fines secundarios, o sólo haga difícil o menos conveniente la realización del primario, es prohibida solamente por los preceptos secundarios de la ley natural, que derivan de los primarios como las conclusiones de los primeros principios en el plano de las ciencias especulativas. En este sentido, también es contraria al Derecho natural» [116].

En la segunda parte de su argumentación, Santo Tomás va a concluir que la unidad es de Derecho natural secundario puesto que, aunque no impide completamente el fin primario del matrimonio, lo impide al menos parcialmente; lo mismo ocurre respecto al fin secundario: sin llegar a destruirlo por completo, lo dificulta sobremanera.

Efectivamente, aunque la poligamia no impide la realización del primer aspecto del fin primario del matrimonio, esto es, la generación, sin embargo dificulta en

115. S. Th. Sup. q. 65, a. 1.
116. S. Th. Sup. q. 65, a. 1.

gran manera, si no llega a impedir por completo, el segundo aspecto del citado fin, es decir, la educación[117]. Por otra parte, el fin secundario del matrimonio queda muy mal parado, o completamente impedido, con la poligamia, «ya que no es fácil que haya paz en una familia en la que un sólo hombre sea marido de varias mujeres, ni es fácil que pueda satisfacer los deseos de todas; además de que la participación de varios en un mismo oficio causa conflictos, como "los alfareros que riñen entre sí", y lo mismo ocurrirá cuando varias mujeres tienen un mismo marido»[118].

5.4.2. *Unidad y amor conyugal*

La unidad deriva también de la propia naturaleza del amor conyugal y ello por dos razones, según Santo Tomás.

En primer lugar, porque la amistad entre las personas se fundamenta en cierta igualdad existente entre ellas (Aristóteles). Teniendo en cuenta que uno de los motivos por los que no se consiente la poliandria es por ser contraria a la certeza de la prole, si se permitiese, en cambio, la poligamia, no existiría una amistad liberal entre hombre y mujer» sino una amistad servil. Lo muestra bien claramente la experiencia, en aquellos casos en que un solo hombre tiene varias mujeres: éstas son consideradas en cierto modo como esclavas[119].

En segundo lugar, porque no puede darse una amistad intensa con muchas personas (Aristóteles). De este modo, si la mujer tiene un solo marido, y el varón tiene, en cambio, varias mujeres, no existirá tampoco la igualdad que exige el mutuo amor conyugal. No habrá tampoco una amistad liberal, sino servil[120].

En realidad, ambas razones se reducen a una sola: la igualdad exigida por la justicia, como una de las dimensiones del amor conyugal. La relación matrimonial está traspasada de juridicidad y la unidad no es más que una de las consecuencias derivadas de las exigencias de justicia ínsitas en el amor conyugal. El amor personal entre los cónyuges está regido también por la justicia y ello produce consecuencias, no sólo en el plano moral sino también en el jurídico externo de tal manera que la exigencia actual de un vínculo jurídico matrimonial no puede ser compatible, en ningún caso, con otro matrimonio válido, contraído por una de las personas ligadas por aquel vínculo. El impedimento de ligamen es una exigencia del Derecho natural matrimonial, que no hace más que sancionar en el fuero externo la intrínseca exclusividad del amor conyugal.

117. S. Th. Sup. q. 65, a. 1, ad 7.
118. S. Th. Sup. q. 65, a. 1.
119. Contra Gentes, L. III, c. 124.
120. Ibídem.

5.4.3. *Indisolubilidad*

Lo primero que hay que decir es que Santo Tomás considera que la indisolubilidad, como propiedad esencial del matrimonio, deriva directamente del Derecho natural y no exclusivamente de la sacramentalidad, pero es que además la propia Revelación divina ha sancionado también esta indisolubilidad para el matrimonio natural no sacramental[121]. Por tanto, en la doctrina del Aquinate, la indisolubilidad del matrimonio simplemente natural está basada, en primer lugar, en la ley natural, pero la propia ley divina revelada confirmó esta indisolubilidad de Derecho natural, ya desde la primera institución del matrimonio.

En segundo lugar, como en el caso de la unidad, para Santo Tomás la indisolubilidad es también una propiedad de Derecho natural secundario, puesto que no impide completamente el fin primario del matrimonio, pero se opone en cambio: a) a la segunda intención de la naturaleza con respecto al fin primario, b) a los fines secundarios del matrimonio. Así mismo es una exigencia del amor conyugal. Veamos sus principales razones por separado.

5.4.3.1. *Indisolubilidad y fines del matrimonio*

El modo de tratar esta cuestión está lleno de agudos matices que ponen de manifiesto su fina observación de la realidad, al mismo tiempo que su ponderado equilibrio al hacer la calificación iusnaturalista de esta propiedad. El divorcio es contrario al fin primario y al secundario del matrimonio, con las siguientes matizaciones.

Con respecto al fin primario, se afirma primeramente, de un modo general, que el divorcio le es directamente contrario y que, por tanto, la indisolubilidad es de Derecho natural: «el matrimonio según la intención de la naturaleza se ordena a la educación de la prole, no sólo por algún tiempo sino por toda la vida. Por eso es de ley natural que «los padres atesoren para los hijos» y que los hijos sucedan a sus padres por herencia. Por ser la prole el bien común de marido y mujer, es conveniente que la sociedad conyugal permanezca indisoluble perpetuamente según el dictamen de la ley natural. Por consiguiente, la indisolubilidad del matrimonio es de ley natural»[122].

Luego, esta afirmación genérica viene matizada del siguiente modo: 1) el divorcio es contrario a la primera intención de la naturaleza y, por tanto, al Derecho natural primario, sólo mientras los hijos no han recibido el grado de educación

121. S. Th. Sup. q. 67, a. 1, sed contra 1-2 y ad. 2.
122. S. Th. Sup. q. 67, a. 1.

que corresponde al hombre en cuanto hombre, o sea, lo que en ocasiones llama «estado de virtud» *(status virtutis)*[123] y otras designa como «edad perfecta» *(perfectam ætatem)*[124]. 2) A partir de este momento, cuando los hijos han alcanzado esa perfección y madurez, la indisolubilidad sólo viene exigida por el Derecho natural secundario, puesto que sólo se opone a la segunda intención de la naturaleza. En palabras del Santo: «En el bien de la prole, en cuanto perteneciente a la primera intención de la naturaleza, se comprende la procreación, nutrición y educación de los hijos hasta que llegan a la madurez; pero el proveerla para el futuro, mediante la herencia y otros bienes, parece pertenecer más bien a la segunda intención de la naturaleza»[125].

En otra ocasión, se refiere al mismo tema utilizando parecidos argumentos: una recta consideración de la realidad matrimonial lleva a concluir la conveniencia de que perdure, no sólo por largo tiempo *(societas diuturna)* sino perpetuamente *(totam vitam):* «Las posesiones se ordenan a la conservación de la vida natural. Pero como la vida no se conserva en el padre perpetuamente, se conserva en cambio en el hijo que sucede a su padre; es de ley natural que el hijo pueda suceder al padre en las cosas de su pertenencia. Por tanto, también es de ley natural, que el padre se preocupe del bien de sus hijos hasta el fin de su vida. Si incluso en ciertas especies de aves la solicitud paterna produce una convivencia duradera entre macho y hembra, con mayor razón el orden natural exige que en la especie humana padre y madre cohabiten juntos a perpetuidad»[126].

Pero esta solicitud de los padres para proveer el futuro da los hijos es sólo de Derecho natural secundario y lo mismo debe decirse de la indisolubilidad del matrimonio basada en ella: «La indisolubilidad del matrimonio no se ordena al *bonum prolis,* fin principal del matrimonio, sino en la medida en que los padres deben proveer a los hijos para toda la vida, procurándoles todo aquello que les sea necesario en la vida. Por esta razón, la propiedad derivada de la herencia no pertenece a la primera intención de la naturaleza, según la cual todas las cosas han de ser tenidas como comunes. Por lo mismo, el divorcio no parece contrario a la primera intención de la naturaleza ni, por consiguiente, al Derecho natural primario, sino al secundario»[127].

Con respecto al fin secundario, Santo Tomás aduce primeramente, en favor de la indisolubilidad, razones basadas en la naturaleza específica de varón y

123. S. Th. Sup. q. 41, a. 1.
124. S. Th. Sup. q. 67, a. 2, ad 1.
125. Ibídem.
126. *Contra Gentes,* L. III, c. 123.
127. S. Th. Sup. q. 67, a. 2.

mujer en orden al matrimonio. Efectivamente, «parece que repugna a la equidad que la sociedad conyugal pueda disolverse. La mujer necesita del marido no sólo por causa de la generación, como ocurre con los demás animales, sino también en razón a su gobierno personal, puesto que el varón es más perfecto en la razón y más fuerte en la virtud. En verdad, la mujer se une al marido por causa de la generación; por este motivo, al acabar su fecundidad y su belleza, se vería impedida de ser tomada por otro. Por tanto, no es justo que, quien se casó con la mujer en el momento de su juventud, pueda luego abandonarla cuando llegase a la edad provecta, causándole así un perjuicio contrario a toda equidad» [128].

«De igual modo, continúa Santo Tomás, aparece con toda claridad el inconveniente que se seguiría si la mujer pudiera, por su parte, abandonar al marido. Estando la mujer sometida a la autoridad del varón como a su cabeza, no está en sus manos someterse libremente a otro, abandonando a su primer marido. Por consiguiente, sería contrario al orden natural que la mujer pudiese abandonar a su marido; y al revés, no sería conforme a la justicia de la sociedad conyugal sino más bien servidumbre, el que el marido pudiese abandonar a la mujer» [129].

En segundo lugar, también con el fin secundario del matrimonio tienen que ver las razones que Santo Tomás da a favor de la indisolubilidad, basadas en el amor conyugal.

5.4.3.2. *Indisolubilidad y amor conyugal*

La indisolubilidad es, efectivamente, una de las consecuencias del amor personal existente entre los cónyuges. Ya hemos visto que no se trata de un amor cualquiera, sino de una amistad íntima, exigida por la propia naturaleza de la sociedad conyugal. Santo Tomás expone el tema con brevedad, pero con una claridad y rotundidad que no dejan lugar a dudas. He aquí sus propias palabras: «Cuanto mayor es la amistad, tanto más firme y duradera. La amistad entre hombre y mujer puede alcanzar un incomparable grado de intensidad. Efectivamente, su unión se realiza no sólo en el acto de la cópula carnal, que incluso entre animales produce una agradable sociedad, sino que se extiende a una total comunión de vida conyugal *(ad totius domesticæ conversationis consortium).* Precisamente como signo de esta comunión, "el hombre dejará incluso a su padre y a su madre" (Gen 2, 24). De ahí la conveniencia de que el matrimonio sea absolutamente indisoluble» [130].

128. *Contra Gentes*, L. III, c. 123.
129. Ibídem.
130. Ibídem.

No es de extrañar, por tanto, que tanto las leyes divinas como las humanas, se hayan preocupado de sancionar Ja indisolubilidad del vínculo que, además de exigencia moral, es también una exigencia de justicia garantizada por el Derecho divino, natural positivo, y también por el propio Derecho humano, canónico y civil. Esta sanción jurídica significa una garantía, tanto para el bien común de la sociedad, como para el bien común del matrimonio y el bien propio de los cónyuges: «Como es necesario por el bien más elevado del hombre ordenar a él todo lo demás, la sociedad entre varón y mujer es regulada por las leyes, no sólo en lo concerniente a la generación, como ocurre con los demás animales, sino en lo referente a las buenas costumbres, según los dictámenes de la recta razón, respecto del hombre individualmente considerado o formando parte de la comunidad familiar y política. La unión indisoluble entre marido y mujer afecta verdaderamente a las buenas costumbres: el mutuo amor personal entre los cónyuges es más fiel cuando saben que su unión es indisoluble. Por otra parte, aumentará su solicitud por la vida familiar al considerarse perpetuamente unidos en la posesión de las cosas comunes. Desaparecerá la raíz de las discordias, que podrían originarse entre el marido y los familiares de la mujer si ésta pudiera ser abandonada por aquél; se hace así más firme la unión afectiva entre las familias respectivas. Se evitan además las ocasiones de adulterio, que podrían darse si ambos cónyuges pudieran mutuamente dejarse, abriéndose así una vía fácil para intentar nuevos matrimonios»[131].

La actualidad de las palabras de Santo Tomás, anteriormente citadas, no necesita de ningún comentario.

Por último, por razones semejantes, basadas en los fines primario y secundario, en el bien común de la sociedad y del matrimonio mismo, no puede disolverse tampoco el matrimonio sin hijos[132].

5.4.3.3. *Indisolubilidad y sacramentalidad del matrimonio*

Quedaría incompleto el tratamiento de la indisolubilidad matrimonial sin hacer una referencia, aunque sea breve, a sus relaciones con la sacramentalidad. Tan estrechamente ligados se encuentran que, al hablarse de los bienes del matrimonio y referirse al *bonum sacramenti*, se ha llegado a identificar el bien del sacramento con la propia indisolubilidad, siendo así que la indisolubilidad es sólo una de las consecuencias que se derivan de la significación Sacramental, pero no la única ciertamente, puesto que también la unidad de-

131. Ibídem.
132. S. Th. Sup. q. 67, a. 1, ad 4.

riva de ella [133]. No cabe duda, sin embargo, que tanto la unidad como la indisolubilidad del matrimonio, si bien, como acabamos de ver, son propiedades esenciales basadas en el Derecho natural, adquieren ambas una peculiar firmeza de la significación Sacramental del matrimonio. Así lo declara expresamente Santo Tomás, quien después de haberse esforzado por mostrar, con varias razones y argumentos basados en la ley natural, la conveniencia de la indisolubilidad del matrimonio, concluye con razón que la más firme garantía de la indisolubilidad se encuentra en el simbolismo del Sacramento: «La indisolubilidad le compete al matrimonio en cuanto signo de la unión perpetua entre Cristo y la Iglesia; también en cuanto institución natural ordenada al bien de los hijos. Ahora bien, el divorcio repugna más directamente a la significación sacramental que al bien de la prole, al que sólo se opone por Derecho natural secundario. Por eso, la indisolubilidad del matrimonio se comprende mejor por referencia al *bonum sacramenti* que al *bonum pro lis,* aunque de ambos bienes deriva» [134].

La indisolubilidad, que en el caso del matrimonio no consumado puede ser dispensada por justa causa, se hace absolutamente indispensable cuando el matrimonio alcanza la plenitud de su significación sacramental, es decir, cuando además de rato, se consuma por la cópula carnal. La razón nos la da Santo Tomás, siguiendo en esto la doctrina tradicional del doble simbolismo: «Antes de la cópula carnal el matrimonio significa la unión por la gracia entre Cristo y el alma, que puede destruirse por una disposición espiritual contraria, es decir, por el pecado. En cambio, después de la cópula significa la unión de Cristo con la Iglesia, mediante la unión de la Naturaleza divina y humana en la unidad de la Persona; y esta unión es absolutamente indisoluble» [135]. Se trata, como es sabido, de una razón de conveniencia, a la que la autoridad doctrinal del Santo Doctor le confiere un específico peso argumentativo.

6. Esencia del matrimonio y consentimiento

6.1. *Consentimiento y causa eficiente del matrimonio*

El estudio de las causas del matrimonio en relación con su esencia quedaría incompleto si no nos refiriésemos a su causa eficiente. Para Tomás de Aquino la

133. S. Th. Sup. q. 49, a. 2, ad 4.
134. S. Th. Sup. q. 67, a. 1 y ad 2.
135. S. Th. Sup. q. 61, a. 2, ad 1.

causa eficiente del matrimonio es el consentimiento[136]. Veremos a continuación el consentimiento como acto y como signo sacramental, pero sólo lo imprescindible para poder tratar seguidamente del objeto del consentimiento y de sus relaciones con la esencia del matrimonio.

Siguiendo al Crisóstomo, Santo Tomás afirma que el matrimonio no lo realiza el coito sino la voluntad *(matrimonium non facit coitus sed voluntas)*[137]. Por eso el consentimiento es ante todo un acto de voluntad[138]. Pero se trata de un acto de voluntad que produce efectos jurídicos; el consentimiento es también un acto jurídico, un contrato[139].

De la estructura, psicológica y jurídica a la vez, del acto consensual que da origen al matrimonio derivan dos características aparentemente contradictorias, pero que son complementarias entre sí: su transitoriedad, como acto psicológico de la voluntad, y su perpetuidad, como acto jurídico cuyo objeto es un vínculo indisoluble. «Aunque el consentimiento que realiza el matrimonio no sea perpetuo materialmente, en cuanto a la sustancia del acto, ya que un acto puede cesar y seguirle un acto contrario, sin embargo es formalmente perpetuo, puesto que su objeto es la indisolubilidad del vínculo. De otro modo no causaría el matrimonio, puesto que un consentimiento *ad tempus* no lo produce. Y digo que «formalmente» porque todo acto recibe su forma específica del objeto, y en este sentido la indisolubilidad del matrimonio es causada también por el consentimiento»[140]. En la medida en que su objeto es un vínculo indisoluble, el consentimiento no puede ser revocado válidamente, aunque se emitan posteriormente actos de voluntad contrarios al compromiso inicialmente asumido.

La juridicidad del acto consensual resulta clara, si se tiene en cuenta que, mediante el matrimonio, se adquiere un cierto dominio sobre el otro cónyuge en orden a los fines del matrimonio; es la *potestas in corpus* de la que habla S. Pablo (1 Cor 7,4), que impide a los contrayentes disponer libremente del propio cuerpo, como ocurría antes del matrimonio. Pero nadie puede adquirir dominio sobre una cosa de otro, a no ser con su consentimiento. Por eso el consentimiento es la causa del matrimonio, y de ahí, a la vez, su carácter jurídico[141].

Por otra parte, siendo el matrimonio un tipo de sociedad, es preciso que, como toda sociedad, nazca de un contrato, y ese es el papel del consentimien-

136. S. Th. Sup. q. 45, a. 1.
137. S. Th. Sup. q. 45, a. 1, sed contra n. 1.
138. S. Th. Sup. q. 45, a. 1, n. 1.
139. S. Th. Sup. q. 45, a. 1, sed contra n. 2.
140. S. Th. Sup. q. 49, a. 4, ad 4.
141. S. Th. Sup. q. 45, a. 1, sed contra n. 2.

to[142]. Santo Tomás califica repetidamente de «contrato» al consentimiento. Con ello no pretende naturalmente solventar una cuestión, que posteriormente va a plantearse, sobre la calificación jurídica del acto consensual, sino sencillamente denominar, en sentido amplio, un acto que en su época era comúnmente considerado como contrato. Así lo explica él mismo, refiriéndose a la necesidad de expresar externamente el consentimiento: «La unión matrimonial se realiza de modo semejante a las demás obligaciones surgidas de contratos patrimoniales. Estos se realizan mediante un acto de voluntad, expresado verbalmente por los contrayentes, y lo mismo ocurre en el matrimonio por medio del consentimiento»[143].

Con ello podemos abordar ya el segundo aspecto del consentimiento. Siendo el matrimonio un sacramento, además de una institución natural, y necesitando por ello de un signo sensible, el consentimiento no es sólo un acto jurídico natural sino también, y al mismo tiempo, el signo sensible del sacramento matrimonial. De ahí la necesidad de que sea expresado externamente, y de ahí la inseparabilidad entre sacramento y contrato[144].

«El sacramento del matrimonio, explica Santo Tomás, se produce mediante los actos de quienes lo realizan, como ocurre con la penitencia. Y así como la penitencia no tiene otra materia que los actos sensibles, que hacen las veces de elemento material, lo mismo ocurre con el matrimonio»[145]. Esos actos sensibles son el consentimiento, para la realización del sacramento, y la cópula, para su integridad y plenitud significativa[146].

La función del consentimiento, en cuanto al signo sacramental, la explica así Santo Tomás: «En todos los sacramentos hay alguna operación espiritual, que se realiza mediante una operación material que la significa; es lo que sucede con el bautismo, en el que la ablución corporal realiza la limpieza interior. En el matrimonio se da una cierta unión espiritual, en cuanto que es un sacramento, y otra unión material, en cuanto que es una institución de Derecho natural y civil. Así, el poder divino realiza el efecto espiritual mediante el elemento material. Y así como las uniones o sociedades que se originan por contratos se realizan por el mutuo consentimiento, lo mismo debe ocurrir en la sociedad matrimonial»[147].

Sin embargo, el consentimiento no agota la significación sacramental del matrimonio. Si el matrimonio significa la unión de Cristo con la Iglesia, propiamen-

142. S. Th. Sup. q. 45, a. 1.
143. S. Th. Sup. q. 45, a. 2.
144. S. Th. Sup. q. 45, a. 2, sed contra n. 1
145. S. Th. Sup. q. 42, a. 1, ad 2.
146. S. Th. Sup. q. 42, a. 4.
147. S. Th. Sup. q. 45, a. 1.

te lo que significa el consentimiento es sólo la voluntad de Cristo de realizarla[148]. Pero la unión no es significada por el consentimiento como acto, ni tampoco por otros actos de los cónyuges, que pueden servir en todo caso como testimonio (no signo sacramental) de aquella unión, sino precisamente por la propia unión en que el matrimonio consiste *(ipsa unio est signum coniunctionis Christi et Ecclesiae, et non operatio unitorum)*[149]. En este sentido, mientras el consentimiento como signo sacramental es el *sacramentum tantum,* la unión matrimonial misma o vínculo, que es la que significa propiamente la unión Cristo–Iglesia, es el *sacramentum et res*[150].

6.2. *El objeto del consentimiento y la esencia del matrimonio*

Como hemos visto, el acto de consentimiento se especifica por su objeto y, como veremos enseguida, el objeto del consentimiento es la esencia del matrimonio, en la que se encuentran incluidas también, al menos potencialmente, los fines y propiedades esenciales. Vemos, una vez más, la íntima vinculación entre la esencia del matrimonio y sus causas. Para entender cabalmente la estructura ontológica y jurídica de la relación matrimonial, hay que acudir siempre a esta profunda conexión entre todos los elementos y aspectos que forman su naturaleza esencial. Todas las piezas de la relación matrimonial, incluida su elaboración técnico jurídica, tienen sentido en la medida en que no se pierda de vista esta interconexión de cada uno de sus elementos.

En realidad, el objeto del consentimiento no es otra cosa sino la misma esencia del matrimonio, en cuanto se relaciona con el acto jurídico que da origen al matrimonio. Si el matrimonio se considera como relación, nos estamos refiriendo a su esencia; si se considera por referencia al acto de quienes lo contraen *(pro actu eorum qui coniungutur),* nos estamos refiriendo al consentimiento[151].

Que objeto del consentimiento es la misma esencia del matrimonio, lo deja muy claro Santo Tomás, al plantearse la cuestión de si la cópula carnal forma o no parte del objeto consensual. La respuesta de Tomás es negativa, en base precisamente a que la cópula se refiere a la integridad y no a la esencia del matrimonio. Objeto del consentimiento es la esencia del matrimonio, y todos aquellos elementos (fines, propiedades esenciales) que forman su canten do y que derivan necesariamente de ella: «El consentimiento que causa el matrimo-

148. S. Th. Sup. q. 45, a. 1, ad 2
149. S. Th. Sup. q. 48, a. 2, ad 5.
150. S. Th. Sup. q. 42, a. 1, ad 5.
151. S. Th. Sup. q. 48, a. 2, ad 2.

nio es aquel que recae sobre el matrimonio mismo, puesto que el efecto propio de la voluntad es la misma cosa querida. Por eso, entre consentimiento y cópula existe la misma relación que entre matrimonio y cópula.

Pero, como se dijo en otra ocasión, la unión carnal no pertenece a la esencia del matrimonio, sino que está constituida por la sociedad entre varón y mujer, en orden a la cópula y a las demás consecuencias que de ella derivan, en cuanto ambos contrayentes se otorgan un poder mutuo para la realización de la cópula carnal. A esta sociedad entre varón y mujer se la denomina unión *conyugal («coniugalis copula»,* distinta de la *«copula carnalis»).* Por eso se ha dicho con razón que el consentimiento sobre el matrimonio es un consentimiento implícito, no explícito, sobre la cópula carnal. Esto hay que entenderlo en cuanto que el efecto sólo implícitamente se contiene en su causa: así, la potestad sobre la cópula carnal, que es objeto del consentimiento, es causa de la cópula carnal misma, de igual modo a como la potestad de usar una cosa propia es causa de su uso» [152].

Esto explica también la unidad del consentimiento. A pesar de existir dos actos consensuales, el consentimiento es uno sólo, porque uno sólo es su objeto, y porque éste es para ambos contrayentes la propia esencia del matrimonio. «De igual manera que el matrimonio es uno sólo por parte de aquello en que se realiza la unión, aunque sea múltiple por parte de los contrayentes, así el consentimiento es uno sólo por parte de aquello en lo que se consiente, aunque sea múltiple por parte de quienes lo prestan. Además, el consentimiento que presta la mujer no recae directamente sobre el varón, sino en la unión con el varón *(in coniunctionem ad virum);* lo mismo que el que presta el varón recae sobre la unión con la mujer *(in coniunctionem ad uxorem)* [153].

A semejanza de lo que se hizo al tratar de los fines, entre los que podíamos distinguir unos fines esenciales de otros fines accidentales del matrimonio también se puede distinguir un objeto esencial del consentimiento, necesario para que el matrimonio se constituya, y un objeto u objetos accidentales del consentimiento, que son aquellos que pueden proponerse los contrayentes como *fines operantis,* independientemente del *finis operis* que objetivamente tiene el matrimonio. Y con ello vemos una vez más la relación entre objeto del consentimiento, y esencia y fines esenciales: el objeto esencial» del consentimiento coincide plenamente con los «fines esenciales» del matrimonio, en la medida en que éstos se contienen en la esencia y no pueden faltar de ella, aunque múltiples sean las restantes finalidades subjetivas que, además, los contrayentes se

152. S. Th. Sup. q. 48, a. 1.
153. S. Th. Sup. q. 45, a. 1, ad 3.

propongan[154]. Pero no podrá existir matrimonio válido si el consentimiento no recae sobre su objeto esencial.

Por otra parte, la coincidencia existente entre objeto del consentimiento y esencia del matrimonio, explica que se haya podido decir que el objeto del consentimiento no es más que la esencia del matrimonio, considerada en sentido jurídico. Efectivamente, si el objeto del consentimiento no es más que el matrimonio mismo por referencia al acto de los contrayentes, y consideramos que ese acto es un acto jurídico, ningún inconveniente habrá en admitir la relevancia jurídica de la esencia del matrimonio, como objeto del consentimiento, refiriéndonos a ella como una *potestas in corpus* o un *ius in corpus* mutuo, que cada contrayente se inter–cambia mediante la emisión del consentimiento.

Pero ocurre, además, que la propia esencia del matrimonio, como ya vimos en su momento, está dotada de un núcleo de juridicidad, en sí misma considerada y prescindiendo de su referencia al acto jurídico consensual. De ahí que, con razón, se haya distinguido también, como hace Santo Tomás, entre el objeto material del consentimiento y su objeto formal. Para el Santo, es el objeto formal lo que especifica precisamente al acto consensual, de tal manera que lo puede hacer irrevocable a perpetuidad, puesto que es un vínculo indisoluble lo que hace de objeto formal[155].

En otro sentido, refiriéndonos también a las relaciones entre esencia del matrimonio y objeto del consentimiento, se puede decir que el objeto material del consentimiento coincide con la materia esencial (causa material) del matrimonio, mientras que su objeto formal coincide con su forma esencial (causa formal). Siendo la materia del matrimonio las personas de los contrayentes, y su forma la potestad mutua que se entregan *(potestas in corpus),* no podrá haber objeto del consentimiento cuando se dé algún defecto, bien de su objeto material, bien de su objeto formal. Es lo que ocurre precisamente en el caso del error esencial, que Santo Tomás cita expresamente en una de sus cuestiones[156].

Siempre teniendo en cuenta la necesidad de tipificar y de traducir en terminología técnico–jurídica los conceptos ontológicos, tampoco pensamos que esté desprovista de fundamento la equivalencia que puede encontrarse entre la esencia del matrimonio y el *ius in corpus* como objeto del consentimiento. Es más, pensamos que esta equivalencia es usada frecuentemente por Santo Tomás, que habla de la *potestas in corpus* para referirse, sin más, a la esencia

154. S. Th. Sup. q. 48, a. 2.
155. S. Th. Sup. q. 49, a. 3, ad 4.
156. S. Th. Sup. q. 51, a. 2.

del matrimonio como objeto del consentimiento[157]. Lo que sí conviene tener en cuenta es que se trata de una tipificación, que lleva consigo una aparente reducción de la esencia del matrimonio a lo que sólo es uno de sus aspectos esenciales (uno de los derechos que pueden formar el contenido del vínculo, pero no todos). Pero en la doctrina tomista la expresión *potestas in corpus in ordine ad carnalem copulam* puede comprender todo aquello que se refiere a la esencia del matrimonio y a las consecuencias que de ella se derivan, es decir, tanto la sociedad conyugal en orden a la cópula carnal *(associatio viri et uxoris in ordine ad carnalem copulam),* como los demás elementos en ella contenidos *(et alia quæ ex consequenti ad virum et uxorem pertinent)*[158]. Se trata sencillamente de la conversión de conceptos ontológicos, sobre la naturaleza esencial del matrimonio, a la terminología jurídica de la época. Otra cosa es que posteriormente hayan podido adquirir otros sentidos o significaciones, que impidiesen conservar su equivalencia.

Enlazamos así con otra distinción, dentro de la estructura ontológica del matrimonio, que se ha intentado también elaborar y traducir en conceptos técnico–jurídicos, no siempre interpretados en sentido homogéneo por los canonistas. Se trata de la aplicación al matrimonio de los conceptos de potencia y acto en relación con el tema del que nos estamos ocupando: el objeto del consentimiento. Al plantearse la cuestión de si la cópula debe ser o no objeto del consentimiento, Santo Tomás distingue una vez más entre lo que pertenece a la esencia del matrimonio y lo que pertenece a su integridad. Guardando un paralelismo con esta distinción, introduce una nueva comparación, que le sirve para dejar clara la diferencia existente entre lo que debe ser objeto explícito del consentimiento y lo que sólo implícitamente es consentido. La comparación es ésta: «el matrimonio iniciado (ya válidamente constituido) dice relación al matrimonio consumado, de la misma manera que el hábito o la facultad al acto u operación»[159]. Con ello pretende salir al paso a esta objeción: si el matrimonio se consuma por la cópula, el consentimiento deberá referirse también a ella[160]. Pero la cópula no pertenece al matrimonio mismo, sino a su uso, y se encuentra contenida en la esencia del matrimonio como el acto en la potencia. Por lo mismo, el consentimiento matrimonial, que debe ser explícito sobre la esencia del matrimonio, sólo es implícito sobre la cópula; lo que es lo mismo, basta un consentimiento explícito sobre la

157. Ibídem.
158. S. Th. Sup. q. 48, a. 1.
159. S. Th. Sup. q. 48, a. 1, ad 4.
160. S. Th. Sup. q. 48, a. 1, n. 4.

potestas in corpus para que el matrimonio se constituya: la cópula se halla contenida en la citada *potestas,* como el efecto en su causa, y el consentimiento que sobre ella se da es meramente implícito, no explícito[161].

Esta elaboración doctrinal no es el resultado de un malabarismo intelectual, sino que tiene una finalidad práctica. Se trata de justificar la no necesidad de usar y consumar el matrimonio para que éste se constituya con todos los requisitos para su validez. Los contrayentes no tienen una obligación estricta de hacer uso del matrimonio, aunque poseen una potestad y Derecho mutuo para poder en cualquier momento exigirlo. Este *ius in corpus* es, por lo demás, perpetuo y no puede perderse, cualesquiera sean las vicisitudes por las que atraviese la vida matrimonial. De aquí la distinción que la doctrina canónica posterior estableció entre el llamado *ius radicale* y el *ius expeditum,* realizando una elaboración técnico–jurídica que estaba basada, a su vez, en la distinción ontológica previa de potencia y acto, aplicada a la estructura jurídica matrimonial. Mientras el *ius radicale* afecta a la esencia del matrimonio y se encuentra siempre en potencia en dicha esencia, el *ius expeditum* se refiere, en cambio, a su uso e integridad, y puede desaparecer incluso en determinadas situaciones de la vida matrimonial, sin que se produzca por ello la disolución del matrimonio, ni padezca el contenido esencial del vínculo.

6.3. *Defecto en el objeto esencial del consentimiento*

La necesidad de que todos los elementos de la esencia del matrimonio se encuentren presentes en el acto consensual, se comprueba de nuevo si nos referimos a la patología matrimonial por defecto del consentimiento. Como no se trata de hacer un estudio a fondo de esta cuestión, bastará que hagamos unas breves alusiones.

Hay también un paralelismo entre esencia del matrimonio, objeto del consentimiento, y defecto esencial del mismo. Esencia, fines y propiedades esenciales han de estar presentes, al menos implícitamente (en cuanto que los fines y propiedades se incluyen en la esencia como en sus principios), en el consentimiento, para que se origine el matrimonio. Por eso, la exclusión voluntaria de cualesquiera de ellos causa la nulidad del matrimonio, por defecto de consentimiento. Santo Tomás se refiere a ello al tratar de los bienes del matrimonio: «La fidelidad y la prole se pueden considerar en cuanto que se hallan presentes en sus principios, de forma que por prole se entienda la intención de tenerla, y

161. S. Th. Sup. q. 48, a. 1.

por fidelidad el deber de guardarla. Según esto, sin tales bienes no puede darse el matrimonio, puesto que deben estar presentes en el pacto conyugal. Si en el momento de prestar el consentimiento se estableciese algo contrario a ellos, el matrimonio sería nulo»[162]. Teniendo en cuenta las relaciones existentes entre los bienes del matrimonio y sus fines y propiedades esenciales, a las que nos hemos referido, se comprende que la doctrina canónica haya realizado sus construcciones doctrinales y técnicas, referentes a la simulación del consentimiento, refiriéndose a los bienes del matrimonio y tratando de delimitar y tipificar las diversas exclusiones del *bonum prolis, bonum fidei y bonum sacramenti.* Si la exclusión de estos bienes lleva consigo la de los fines y propiedades esenciales, faltará el objeto esencial del consentimiento y el matrimonio no podrá ser válido.

Sin embargo, con tal de que el objeto esencial del consentimiento permanezca indemne y nada contrario a él se establezca, nada impide, que además, los contrayentes se propongan otro tipo de finalidades subjetivas, presentes también en su intención consensual a la hora de contraer. En ese caso, los fines subjetivos de los contrayentes sólo accidentalmente afectan al consentimiento por ello no impiden que produzca sus efectos[163]. Es en este marco, precisamente, donde puede haber un cierto despliegue de la autonomía privada a la hora de la realización del acto jurídico matrimonial. Usando la terminología de Santo Tomás, podría decirse que la autonomía privada de los contrayentes en el negocio matrimonial queda limitada exclusivamente a los «fines accidentales» del mismo, con tal de que no sean incompatibles con los «fines esenciales» de la institución.

Con algún ejemplo concreto podremos apreciar mejor esa idea apuntada. Al tratar el tema de la indisolubilidad, se pregunta Santo Tomás si puede una persona soltera conceder a otra la *potestas* sobre el propio cuerpo, por un plazo determinado *(ad tempus),* excluyendo la perpetuidad. La respuesta es negativa, porque afecta a una propiedad esencial del matrimonio de la que no se puede libremente disponer por contrato[164].

De igual manera, tampoco dentro del propio matrimonio el ejercicio de la autonomía privada de los contrayentes puede afectar a lo que pertenece a la esencia de aquél. Así, se plantea también Santo Tomás la cuestión de si puede uno de los cónyuges ceder a un tercero por algún tiempo, su Derecho al cuerpo del otro. Su respuesta es también negativa, ya que la autonomía privada de los contrayentes no puede disponer libremente de la unidad, como propiedad esen-

162. S. Th. Sup. q. 49, a. 3.
163. S. Th. Sup. q. 48, a. 2.
164. S. Th. Sup. q. 65, a. 3, ad 3.

cial que es del matrimonio, así como en el ejemplo anterior no podría disponer de la indisolubilidad. «La mujer no tiene potestad sobre el cuerpo de su marido en lo referente a todos los aspectos de su vida, sino sólo en lo referente al matrimonio. Por tanto, no puede entregar a otro el cuerpo de su marido en contra del bien del matrimonio» [165].

En resumen, la autonomía privada de los contrayentes queda circunscrita a las finalidades accidentales del matrimonio que no sean incompatibles con la esencia de éste. Quizá habría que preguntarse hasta qué punto no es demasiado optimista Santo Tomás al señalar el campo de esa autonomía, cuando razona que pudiendo las causas accidentales multiplicarse hasta el infinito, también pueden ser infinitos los fines subjetivos accidentales de los contrayentes [166]. Sea lo que fuere, está claro que las líneas esenciales de la relación jurídica matrimonial quedan al margen de la autonomía privada, y que los cónyuges no pueden disponer libremente de ellas.

Por último, podríamos seguir examinando otros posibles defectos en el objeto esencial del consentimiento, por vicios de éste. Bastará con que nos refiramos de nuevo al caso del error, porque en él se ve de un modo claro cómo en el acto volitivo, en que el consentimiento consiste, debe estar presente la esencia del matrimonio. «El error que hace nulo el matrimonio debe recaer sobre su esencia. La esencia del matrimonio incluye dos cosas, a saber, dos personas que se unen, y la potestad mutua que se entregan en orden al matrimonio. La primera desaparece cuando se da error en la persona, y la segunda cuando se dé un error en la condición *(error conditionis),* puesto que el esclavo no puede ceder a otro la potestad sobre su propio cuerpo sin el consentimiento de su dueño. Esta es la razón por la que estos dos tipos de error impiden el matrimonio y no los demás» [167].

165. S. Th. Sup. q. 65, a. 3, ad 5.
166. S. Th. Sup. q. 48, a. 2.
167. S. Th. Sup. q. 51, a. 2.

2

«UNA CARO». REALISMO CRISTIANO Y SACRAMENTO DEL MATRIMONIO*

Sumario: 1. Realismo cristiano y sacramentos. 2. Realismo cristiano y sacramento del matrimonio. 3. Consentimiento y cópula. La «*una caro*» y la doctrina del doble simbolismo sacramental del matrimonio. 4. La Decretal «*Debitum*» de Inocencio III y los comentarios de los canonistas clásicos. 5. El «*Sacramentum Magnum*» y la Encarnación del Verbo.

El objeto de nuestro estudio se reduce a un aspecto de la naturaleza sacramental del matrimonio: al papel que el cuerpo humano y la unión corporal de los cónyuges desempeñan en su significación sacramental. No sin cierta audacia, la Teología católica enseña que son los cuerpos mismos de los contrayentes los que hacen de materia (materia remota, al menos) de este sacramento. De este modo, continúa una línea que ya le viene señalada en aquellos textos evangélicos en los que el mismo Señor asume, para enseñar el sentido del matrimonio, aquella otra expresión bíblica de los primeros capítulos del Génesis, en los albores de la humanidad, de la que el Creador se sirve para calificar la realidad sobrevenida en la unión entre hombre y mujer: una *caro.* «Dejará el hombre a su padre *y* a su madre y se unirá a su mujer; y vendrán a ser los dos una sola carne»[1]. Aquí está el misterio profundo del matrimonio.

No es mi propósito desentrañar el sentido de la expresión una *caro,* sino apuntar simplemente a alguno de los presupuestos que pueden ayudar a su comprensión teniendo en cuenta la doctrina tradicional que considera que la cópula consuma el matrimonio y no una problemática y poco discernible «comunión existencial».

(*) Publicado en AA.VV., *Cuestiones fundamentales sobre matrimonio y familia*, Pamplona 1980, 245-258.

1. Cfr. Mt 19,3 –9; Mc 10,2-12.

1. Realismo cristiano y sacramentos

Conviene recordar la actitud de Dios antes las cosas que iban surgiendo de sus manos durante los siete días de la Creación: «Y vio Dios que era bueno»[2]. Dios creador se complace en aquello que está, saliendo de sus manos. Se complace en grado máximo en aquella criatura cuya dignidad consiste precisamente en haber sido hecha a imagen de Dios: «A imagen de Dios los creó. Creólos varón y hembra»[3]. El mundo es bueno porque ha salido de las manos de Dios. La Bondad Divina se irradia en las obras de la Creación. El Creador mismo ha querido testificarlos por medio de la expresión citada que usa el autor sagrado. La bondad del mundo comprende todas las realidades creadas: el hombre, imagen de Dios, pero también las realidades materiales, de las que el hombre mismo participa (microcosmos) por medio de su cuerpo.

La profunda herida de la naturaleza debida al pecado original no deshace los planes de Dios. El mundo será restaurado y se manifestarán nuevamente las dimensiones de la Bondad Divina. La Encarnación del Verbo señala el comienzo de una nueva Creación que da plenitud a la Historia del hombre en sus dos estadios diversos: antes y después de Cristo.

Pero la Encarnación de Cristo significa también la restauración de la naturaleza. Y este nuevo orden se realiza de un modo más sublime aún que como aconteció en la primera Creación; se produce mediante la asunción de la naturaleza humana por el Verbo: «Et Verbum caro factum est»[4] . La Segunda Persona toma la naturaleza humana, es decir, alma humana y cuerpo humano. Y con el cuerpo humano, el Verbo de Dios asume también la materia de que el cuerpo está formada y de la que el cuerpo se encuentra continuamente rodeado, mediatizando su acción en el mundo. Se asumen, pues, las realidades materiales y corporales, todos los valores terrenos de la Creación con los que el Verbo Encarnado se encuentra a su paso por el mundo: la historia individual y social, la vida ordinaria y su circunstancia. La Encarnación significa, entre otras cosas, una revalorización de la materia.

La institución de los Sacramentos marca otro hito en ese proceso que quiere valerse deliberadamente de los actos humanos y las realidades corpóreas, utilizándolos como instrumentos de Gracia y manifestación de Bondad. Se trata sencillamente de continuar la obra inaugurada por la Redención: «¿Qué son los sacramentos –huellas de la Encarnación del Verbo, como afirmaron los anti-

2. Cfr. Gen 1,7; 1,10; 1,12; 1,18; 1,21; 1,25; 1,31.
3. Cfr. Gen 1,27.
4. Cfr. Ioh 1,14.

guos– sino la más clara manifestación de este camino, que Dios ha elegido para santificamos y llevarnos al cielo? ¿No veis que cada sacramento es el Amor de Dios, con toda su fuerza creadora y redentora, que se nos da sirviéndose de medios materiales?»[5]. Haciéndose cargo de esta realidad, la Escolástica Medieval no se detuvo a la hora de aplicar las categorías aristotélicas de materia y forma para explicar la naturaleza del signo sacramental. Con ello no hacia más que seguir los pasos de la línea teológica iniciada por los Padres, y especialmente S. Agustín cuando considera el valor significativo de los elementos materiales unidos a la determinación de sentido que le prestan las palabras: «Accedit verbum ad elementum et fit sacramentum»[6]. Efectivamente, la naturaleza con todos sus elementos materiales, algunos de ellos trabajados también por la mano del hombre (agua, óleo, pan, vino, cuerpo humano con su estructura sexuada, etc.) se convierte en instrumento y vehículo de la Gracia.

En la Eucaristía, si se puede hablar así, se reduplica el prodigio de la Encarnación. Ahora, no sólo es ya que el Verbo tome carne humana, sino que elementos puramente materiales, sacados del trigo y de la vid, son la materia del Sacramento Eucarístico, de forma que quien come y recibe las especies sacramentales come y recibe verdaderamente el Cuerpo y la Sangre del Señor. Por institución divina, los elementos materiales de este sacramento requieren previamente su elaboración por el hombre: «Fruto de la tierra y del trabajo del hombre», «fruto de la vid y del trabajo del hombre»[7]. De modo que los trabajos más corrientes del hombre (el trabajo agrícola y el trabajo artesanal que supone la fabricación del pan y del vino) quedan asumidos también como presupuesto necesario para la realización del Sacramento Eucarístico. Elementos materiales y trabajo ordinario pasan así a desempeñar un papel insustituible en la Economía de la Salvación. El Verbo se hizo carne; el pan y el vino, fruto de la tierra y del trabajo del hombre, se convierte, mediante la Transustanciación Eucarística, en el Cuerpo, Sangre, Alma y Divinidad de Nuestro Señor Jesucristo.

2. Realismo cristiano y sacramento del matrimonio

La aptitud de los signos naturales para representar las realidades de la Gracia se revela con particular relieve en el sacramento del matrimonio. El misterio

5. Cfr. Escrivá de Balaguer, J., *Amar al mundo apasionadamente*, en *Conversaciones con Mons. Escrivá de Balaguer*, Madrid 1968, 174.
6. Cfr. San Agustín, *In Joannis Evangelium*, LXXX, PL 35, 1840.
7. Cfr. Missale Romanum, *Liturgia eucharistica.*

natural del amor humano expresado en forma de amor conyugal y la intima sociedad que surge como consecuencia de la libre elección de los esposos se convierten por institución divina en signo privilegiado para representar el vinculo indisoluble que media entre el gran misterio de Cristo y de la Iglesia.

Con las palabras de S. Pablo en la Carta a los Efesios[8] , donde establece la comparación entre ambos misterios, se abrieron para el pensamiento cristiano abismos insospechados que nunca acaban de explorarse del todo: «Las casadas estén sujetas a sus maridos como al Señor; porque el marido es cabeza de la mujer, como Cristo es cabeza de la Iglesia y salvador de su cuerpo. Y como la Iglesia está sujeta a Cristo, así las mujeres a sus maridos en todo. Vosotros, los maridos, amad a vuestras mujeres, como Cristo amó a la Iglesia y se entregó por ella para santificarla, purificándola, mediante el lavado del agua con la palabra, a fin de presentársela así gloriosa, sin mancha o arruga, o cosa semejante, sino santa e intachable. Los maridos deben amar a sus mujeres como a su propio cuerpo. El que ama a su mujer así mismo se ama, y nadie aborrece jamás a su propia carne, sino que la alimenta y abriga como Cristo a la Iglesia, porque somos miembros de su cuerpo. Por esto dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer y serán dos en una carne. Gran misterio es éste, pero yo lo aplico a Cristo y a la Iglesia»[9] . El matrimonio, *Sacramentum Magnum,* queda así referido al misterio de Cristo y de la Iglesia. La doctrina teológica carece de recursos adecuados para expresar la fecundidad encerrada en esta comparación.

Para la fijación de la praxis de la Iglesia sobre el matrimonio así como para proporcionar los datos fundamentales en los cuales se apoya la reflexión teológica, tiene particular importancia algunas decisiones papales que se toman en los albores de la Baja Edad Media[10]. Entre otras cosas, sirven para zanjar definitivamente la célebre disputa teológico–canónica entre la Escuela de Bolonia y la Escuela de París, cuyas cabezas representativas suelen considerarse los maestros Graciano y Pedro Lombardo, respectivamente. El problema se plantea en relación con el papel que consentimiento y cópula juegan en la estructura del matrimonio, pero su resolución incide en una problemática más amplia que afecta a las dimensiones esenciales del sacramento. El Concilio de Trento precisa

8. Cfr. Eph 5,22-33.
9. Ibídem.
10. Para un estudio de conjunto sobre la evolución histórica de la doctrina sobre el sacramento del matrimonio, vid., Le Bras, G., *Mariage,* en D.T.C. col. 2129-2162; Rondet, H., *Introducción a la Teología del matrimonio,* Barcelona 1962, especialmente, 67-76. Un estudio pormenorizado sobre los diversos autores que intervinieron en la elaboración de la doctrina sacramental del matrimonio se encuentra en Rincón, T., *El matrimonio, misterio y signo (siglos* IX –XIII), Pamplona 1971; Tejero, E., *El matrimonio, misterio y signo (siglos* XIV–XVI), Pamplona 1971.

distintos aspectos de la cuestión, en los que seguirá apoyándose la especulación teológica del matrimonio para reflexionar sobre los datos que se dejaron ya definitivamente establecidos. El Magisterio de los últimos Papas, *y* especialmente el del Concilio Vaticano II, ha puesto de relieve nuevos aspectos que habrán de ser objeto todavía de maduración teológica. Así, por lo que se refiere a la una *caro* y a la significación sacramental del matrimonio, el Concilio se ocupaba de la cuestión en los siguientes términos: «El marido y la mujer, que por el pacto conyugal «ya no son dos, sino una sola carne» (Mt 19,6), con la unión intima de sus personas y actividades se ayudan y se sostienen mutuamente, adquieren conciencia de su unidad y la logran cada vez más plenamente. Esta íntima unión, como mutua entrega de dos personas, lo mismo que el bien de los hijos, exigen plena fidelidad conyugal y urgen su indisoluble unidad».

«Cristo Nuestro Señor bendijo abundantemente este amor multiforme, nacido de la fuente divina de la caridad y que está formado a semejanza de su unión con la Iglesia. Porque así como Dios antiguamente se adelantó a unirse a su Pueblo por una alianza de amor y de fidelidad, así ahora el Salvador de los hombres y Esposo de la Iglesia sale al encuentro de los esposos cristianos por medio del sacramento del matrimonio. Además, permanece con ellos, para que los esposos, con su mutua entrega, se amen con perpetua fidelidad como El mismo amó a la Iglesia y se entregó a ella. El genuino amor conyugal es asumido en el amor divino y se rige enriquecece por la virtud redentora de Cristo y la acción salvífica de la Iglesia, para conducir eficazmente a los cónyuges a Dios y ayudarlos y fortalecerlos en la sublime misión de la paternidad y la maternidad»[11].

«El genuino amor conyugal es asumido en el amor divino…». Por aquí discurre la Economía de la Redención. Cuando el Amor Divino asume al amor conyugal quedan asumidas contemporáneamente todas las realidades que ese amor presupone, es decir, el cuerpo y su estructura sexual, la inclinación espontánea entre varón y mujer de que va seguida, la libre alianza que se establece mediante el pacto conyugal, la comunión de cuerpos y almas («conjunctio corporum vel animorum») en que consiste la vida matrimonial [12], la generación y educación de los hijos como fruto natural de la misma; en una palabra, la una *caro* en que el matrimonio consiste.

11. Cfr. *Gaudium et Spes, n.* 48.
12. Cfr. Santo Tomás, *Summa Theologiæ,* III, Sup. q. 44, a. 1.

3. Consentimiento y cópula. La «una caro» y la doctrina del doble simbolismo sacramental del matrimonio

El texto conciliar se sitúa en un plano en el que la una *caro* es entendida, no como la simple unión de cuerpos (cópula conyugal), sino como realidad que se establece ya a partir del consentimiento (pacto conyugal) por el que el matrimonio se constituye: «El marido y la mujer, que por el pacto conyugal ya no son dos sino una sola carne». Se sitúa así en el proceso histórico por el que se ha ido perfilando el concepto de una *caro,* en el contexto doctrinal que ha pretendido explicar la significación sacramental del matrimonio analizando las virtualidades significativas de esos dos actos sucesivos del matrimonio, en cuanto institución natural, que son el consentimiento y la cópula. Para ello, fueron necesarias las series de decisiones pontificias medievales que establecieron el momento constitutivo del matrimonio y el papel que en él representaban consentimiento y cópula. Al tomar esas decisiones, los Papas no «inventaron» el sacramento del matrimonio, ni menos aún «inventaron» el matrimonio mismo como institución natural. Pero sus decisiones sirvieron para que la doctrina tomase conciencia con mayor claridad de cuál sea la naturaleza del matrimonio, ya sea considerado como institución natural, ya sea considerado como sacramento. Al dar sus explicaciones, la doctrina teológico–canónica tuvo que plantearse qué dimensiones del matrimonio como institución natural cobran significación por relación con el misterio de Cristo y de la Iglesia. En concreto, se fijó en la significación que corresponde al consentimiento y a la cópula. De este modo, precedida por la vida y praxis de la Iglesia, surgió la doctrina teológico–canónica sobre el matrimonio, cuya explicación desvela el papel característico que el cuerpo y los dos actos naturales del matrimonio desempeñan en la naturaleza del sacramento.

Efectivamente, la una *caro* en que el matrimonio consiste se manifiesta en un doble momento que guarda entre sí una estrecha relación. En ambos momentos, el cuerpo de los contrayentes (momento del consentimiento) o de los cónyuges (momento de la cópula) juega un papel primordial como objeto directo de las prestaciones pactadas o ya efectivamente entregadas. En el acto del consentimiento el *ius in corpus* es, para la doctrina tradicional, el objeto del contrato matrimonial. Toda la problemática del consentimiento se configura en torno a si existe o no ese «Derecho al cuerpo»; para lo cual es necesario tipificar los presupuestos, condiciones y requisitos necesarios. Si por impotencia, defecto de sexo, o cualquiera otra incapacidad que le afectase, el cuerpo de alguno de los contrayentes no fuese apto para la realización de la cópula, no podría haber matrimonio válido. Si se considera que la materia del sacramento son las pala-

bras del consentimiento en cuanto expresan la mutua entrega de los cuerpos, la cosa no podía ser para menos; pues nadie puede dar lo que no tiene y un defecto orgánico que impidiese la consumación del matrimonio haría necesariamente nulo el contrato y, por el hecho de su inseparabilidad, también el sacramento.

Por lo que respecta a la «consumación», el cuerpo tiene que jugar también un papel decisivo. La doctrina canónica ha analizado minuciosamente las condiciones y requisitos de la consumación. Igualmente, no era para menos si se tiene en cuenta la importancia de este acto en orden a la significación sacramental. De que hubiese o no consumación podría depender la indisolubilidad absoluta de un matrimonio entre bautizados. Y como la consumación es un signo para la plenitud sacramental, debía constar con claridad y certeza como acto externo y sensible, sin que su naturaleza pudiese quedar más o menos diluida en lo que, por vía de hipótesis, algunos autores han propuesto recientemente por la llamada «consumación existencial»[13].

Cuando la doctrina teológica y canónica ha querido explicar la indisolubilidad absoluta del matrimonio rato y consumado han acudido al doble simbolismo sacramental del matrimonio. Tomando como base la comparación paulina del matrimonio con el misterio de Cristo y de la Iglesia, los teólogos escolásticos y los canonistas medievales elaboraron la doctrina del doble simbolismo: el consentimiento significa la alianza de Dios con su Pueblo antes de la Encarnación; significa también la unión moral y espiritual de Cristo con la Iglesia mediante la Gracia y la caridad; la cópula conyugal lleva el matrimonio a su plenitud de significación: significa la unión de la Naturaleza Divina con la naturaleza humana que se da en Cristo por virtud de la Encarnación; esta unión es completamente irrompible: ambas naturalezas de Cristo continúan unidas en una sola Persona, en el Cristo resucitado y glorioso que sigue siendo la Cabeza de su Cuerpo Místico; por eso, significa también la unión inseparable y perpetua de Cristo con la Iglesia, ya sea con la Iglesia militante, ya sea con la Iglesia triunfante.

4. La Decretal «*Debitum*» de Inocencio III y los comentarios de los canonistas clásicos

En la formación y configuración de esta doctrina, especialmente entre los canonistas, tuvo una decisiva importancia la Decretal «*Debitum*», del Papa Inocencio III. Aunque la cuestión que directamente se plantea en esta Decretal es la

13. Para una valoración crítica de estas teorías, vid. Souto, J. A., *La disolubilidad del matrimonio rato y consumado. ¿Caben en el Cristianismo vocaciones irrevocables?*, Ius Canonicum 11 (1971) 109-198.

irregularidad para la ordenación, debida a la bigamia, expone una rica doctrina sobre la significación sacramental del matrimonio. En ella, consentimiento y cópula juegan un papel complementario que equilibra las posiciones extremas que el siglo anterior se habían adoptado en las Escuelas de París y de Bolonia, enfrentando entre sí a los seguidores de Pedro Lombardo y Graciano, respectivamente. El Papa Inocencio III concede a cada momento del matrimonio su justo valor y la función significante que le corresponde:

«…el matrimonio tiene dos momentos, a saber, el consentimiento *(consensus animorum)* y la unión carnal *(commixtio corporum);* el primero significa la caridad que consiste en la unión espiritual entre Dios y el alma justa, a la cual se le aplica aquello que dice el Apóstol: «Quien se une a Dios se hace un solo espíritu con El»; la segunda designa la conformidad que se da por medio de la carne entre Cristo y la Santa Iglesia, a la que se aplica aquello que dice el Evangelista: «El Verbo se hizo carne y habitó entre nosotros». Por tanto, el matrimonio en que no se da la consumación por la unión de cuerpos no corresponde al tipo de matrimonio designado que se contrae entre Cristo y la Iglesia por medio del misterio de la Encarnación, acerca del cual Pablo, exponiendo lo que afirmaba el Génesis: «Esto es hueso de mis huesos y carne de mi carne; por eso dejará el hombre a su padre y a su madre y se unirá a su mujer y serán los dos una sola carne», añadía inmediatamente: «Llamo a esto Gran Sacramento y lo aplico a Cristo y a la Iglesia»»[14].

El comentario a esta Decretal sirve a los grandes canonistas de la época clásica para desarrollar los diversos aspectos implicados en ella, deduciendo a la vez las consecuencias jurídicas que también de ahí se derivaban: la indisolubilidad absoluta del matrimonio entre bautizados consumado por la cópula y la irregularidad para la ordenación del que había contraído segundas nupcias con la viuda que había consumado su primera unión matrimonial. Bastará citar aquí algunos testimonios significativos por la autoridad de que gozaron posteriormente sus autores, los debidos a S. Raimundo de Peñafort, al Hostiense, a Juan Andrés, a Baldo y al Panormitano.

14. «…*Quum duo sint in coniugio, videlicet consensus animorum et commixtio corporum, quorum alterum significat caritatem, quæ consistit in spiritu inter Deum et iustam animam, ad quod pertinet illud, quod dicit Apostolus: «Qui adhæret Deo, unus spiritus est cum eo»; reliquum vero designat conformitatem, quæ consistit in carne inter Christum et sanctam ecclesiam, ad quod pertinet illud, quod Evangelista testatur: «Verbum caro factum est, et habitavit in nobis», profecto coniugium illud, quod non est commixtione corporum consummatum, non pertinet ad illud coniugium designandum, quod inter Christum et ecclesiam per incarnationem mysterium est contractum, iuxta quod Paulus exponens illud, quod dixerat Protoplastus: «Hoc nunc os ex ossibus meis, et caro de carne mea, et propter hoc relinquet homo patrem et matrem, et adhærebit uxori suæ, et erunt duo in carne una», statim subiungit: «Hoc autem dico magnum sacramentum in Christo et ecclesia»*». X, I, XXI, 5.

Para S. Raimundo de Peñafort, el matrimonio tiene una doble significación debida a la doble unión que se da en él. La primera, por la unión de las almas, la segunda, por la unión de cuerpos. La primera significa la unión de Dios con el alma fiel que puede disolverse por el pecado; por ello se permite la disolución del matrimonio rato no consumado mediante el ingreso en religión… La segunda, mediante la unión de cuerpos, significa la unión de Cristo con la Iglesia: este matrimonio se inició en los Profetas y Patriarcas, es ratificado en la Encarnación y fue consumado en la Cruz, o puede decirse también que fue ratificado en la Cruz y consumado en la Patria… De igual modo, por esta segunda unión se significa también la unión de la Divinidad y de la Humanidad (unión hipostática), realizada en el seno virginal de María[15].

El Hostiense, tras referirse a la doctrina de los autores que consideran un «triple sacramento» en el matrimonio (en cuanto el matrimonio significa la unión del alma con Dios, la unión hipostática y la unión de Cristo con la Iglesia), propiamente hablando el Hostiense considera que sólo hay dos signos: consentimiento y cópula, y por tanto, dos significaciones, aunque cada una de ellas puede significar varios aspectos de la unión entre Dios y el hombre, entre Cristo y la Iglesia.

Prefiere por ello la doctrina del *duplex sacramentum, propter duplicem conjunctionem* y de ella habla, primero en las páginas que le dedica a la *Summa Aurea*[16], en la que recoge literalmente la doctrina de S. Raimundo, y después en los Comentarios a las Decretales[17].

15. «*Ut autem plenius intelligas de prima, scilicet defectu sacramenti, nota quod in matrimonio attenditur duplex sacramentum, propter duplicen conjunctionem, quæ in eo est, saltem in matrimonio per carnalem copulam consummato. Prima est conjunctio animorum, secunda corporum. Prima significant conjunctionem fidelis animæ ad Deum, hæc dissolvitur per sequens peccatum, sicut et illa ante carnalem copulam per religionis ingressum.*

Secunda, scilicet conjunctio corporum significat conjunctionem Christi et Ecclesiæ: Hoc fuit matrimonium initiatum in Prophetis et Patriarchis, ratum in tempore gratiæ, scilicet in Nativitate… consummatum fuit in Cruce, vel ratum fuit in Cruce, consummabitur autem in Patria… Item in hac eadem secunda conjunctione significatur unio divinitatis et humanitatis facta in utero virginali…. Cfr. Raimundo de Peñafort, *Summa de Pœnitentia et Matrimonio*, Roma 1603, (reproducción de 1967), 259.

16. Cfr. Enrique de Segusio (Hostiense), *Summa Aurea,* Lyon 1537 (reproducción de 1962), lib. II, *De bigamis non ordinandis,* 5, fol. 40 y., donde recoge la doctrina del canonista español. Posteriormente, en otros pasajes de la *Summa* se refiere a la doble significación con estas palabras: «*In matrimonio enim duæ notantur conjunctiones, scilicet animorum et corporum. Prima scilicet conjunctio animorum significant charitatem quæ consistit in spiritu inter Deum et iustam animam. Secunda scilicet conjunctio corporum significat con formitatem quæ consistit in carne inter Christum et Ecclesiam…*».

«*…Licet ex præmissis quod matrimonium est perfectum significatione post carnis copulam sicut inter coniuges est conjunctio voluntaria et naturalis, animorum et corporum: sic Ecclesia Christo copulatur voluntate: quia idem vult cum eo et natura quia ad hoc ut Ecclesia Christo copularetur: ideo naturam humani generis assumpsit… Sed et ante carnalis copulam dicitur perfectum matrimonium sanctitate, licet non significatione*». *Summa*, lib. IV, *De matrimoniis,* 31, fol. 197 y 198.

17. Vid. *Decretalium Commentaria,* Venetiis, 1581 (reproducción de 1965), lib. I, *De bigamis non ordinandis,* cap. V, fol. 123.

Juan Andrés se hace eco, a su vez, del Hostiense y reafirma la doble significación del matrimonio. Dejando claro que el matrimonio surge del consentimento («*unum est, quod facit matrimonium, scilicet consensus*») y que la consumación no tiene relevancia alguna sin el consentimiento previo («*Nam in consummatione, vel commixtione, quæ non est nihil consistere, vel significari potest*»), se refiere también a la confirmación que obtiene por la consumación en cuanto es significante de la unión de la naturaleza humana y divina realizada en el misterio de la Encarnación[18].

Para Baldo de Ubaldis, el matrimonio necesita también de la cópula para su plena perfección («*Nec est matrimonium ex ómnibus suis partibus perfectum nisi intercedente copula*») ya que solamente por la consumación se hacen los cónyuges una *caro*[19].

Finalmente, el Panormitano continúa la línea desarrollada por estos autores. El matrimonio no necesita de la cópula en cuanto a su esencia («*quad sui essentiam necessario non requirit consummationem carnalem*»)[20], pero la cópula carnal confirma el matrimonio y lo dota de su absoluta indisolubilidad por significarse con ello la unión entre Cristo y la Iglesia[21]. En su comentario a la Decretal «*Debitum*» analiza sistemáticamente la cuestión siguiendo el hilo argumental de Inocencio III[22].

Estas citas de los grandes canonistas clásicos pueden servir como ejemplo para percatarse de las líneas maestras por las que discurre la doctrina del doble simbolismo y el papel relevante que en ella se concede a la consumación por la

18. «*Sacramentum conformitatis coniugii de quo dicit infra Hostiensis (consistit) id est provenit et sequitur ex unione divinæ et humanae naturæ*», Juan de Andrés, *In quinque Decretalium Novella Commentaria,* Venetiis 1581, (reproducción de 1963), lib. I, *De bigamis non ordinandis,* cap. V, fol. 185 a.

Mis adelante añade el mismo autor: «*In hoc corporali matrimonio consummato dico consistere, vel per ipsum significari magnum sacramentum, quod est inter Christum et Ecclesiam…*». «*Apertius atque securius dici potest, quod in hoc patet regi filio suo nuptias facit, quo ei per incarnationi mysterium sanctam ecclesiam sociavit…*», Ibídem. fol 186.

19. Baldo de Ubaldis, *Super Decretalibus Commentaria,* Lugduni 1547, *De restitutione spolitorum,* fol. 150 v.

20. Nicolás de Tudeschis (Abad Panormitano), *Commentaria super Decretalium,* Lugduni 1531, lib. III, *De conversione coniugatorum,* fol. 167 v.

21. Ibídem, *Verum,* fol. 165v.

22. «*Secundum profitendum est ex hoc quod significatum sacramenti matrimonii, non surgit ex conjunctione animorum tantum: sed ex conjunctione animorum et corporum simul: quia sola conjunctio animorum non potest significare coniugium contractum inter Ecclesiam et Christum cum illud fuerit perfectum ex carnis non solius animi, hoc est charitatis assumptione: sed ex assumptione carnis in utero virginali: ad quod probandum adducit illud protoplasti: nunc os ex ossibus meis. Pondera quod dicit os ex ossibus, caro de carne, erunt duo in carne una non dicit in spiritu vel consensu uno, postea subiunxit aptius. Hoc autem dico magnum sacramentum in Christo et in Ecclesia. i. dico quod ex hoc significatur magnum sacramentum unionis id est coniugii Christi et Ecclesiæ*». Ibídem. lib. I, pars II, *De bigamis, Debitum,* fol. 63.

cópula. Igualmente, en ella se precisa la diversa eficacia jurídica que posee la doble significación sacramental.

5. El «Sacramentum Magnum» y la Encarnación del Verbo

Como decía al principio de este estudio, nunca se acertará a comprender bastante la profundidad del *Sacramentum Magnum* e impresionará siempre la audacia de esta elaboración doctrinal, a pesar de que cuenta con toda esa larga tradición que se remonta a los textos bíblicos; en ellos los hagiógrafos expresan adecuadamente las relaciones de amor, verdaderamente nupciales, de Dios con su Pueblo, que culminarían en el gran misterio de la Encarnación.

Sin embargo, ninguna otra realidad ordinaria podría expresar mejor las dimensiones del misterio de Cristo y de la Iglesia, ninguna otra podría ser más fácil y comprensible para todos. La inclinación natural de los sexos, el matrimonio y la familia, realidades con las que tropieza la experiencia ordinaria de cada hombre, quedan así elevadas al rango de signos naturales para representar los misterios invisibles de la Gracia. Cristo es la Cabeza de la Iglesia y ama a su Esposa como a su propio Cuerpo, de igual modo que el varón es cabeza de la mujer y ama a ésta como a su propio cuerpo. La comparación paulina abría posibilidades insospechadas para la Teología, pero al mismo tiempo ponía al alcance de todos la comprensión de un gran misterio cristiano: la unión de Cristo con la Iglesia.

La comparación puede resultar fuerte para una mentalidad maniquea o para un espiritualismo desencarnado. Por eso, las diversas formas de espiritualismo o de maniqueísmo pueden caer en la tentación de ir a la caza de nuevas explicaciones, en las que quedase más o menos difuminada la expresividad significativa de este simbolismo natural que posee el consentimiento y que es llevada a su plenitud por la cópula. Pero el matrimonio, desde su institución divina originaria, es una *caro* y la una *caro,* por naturaleza, sólo puede consumarse por la unión de cuerpos. Iniciada en el consentimiento, la una *caro* se consuma en la cópula. De ahí que el simbolismo del matrimonio esté dividido en dos momentos, que a su vez se ordenan entre sí: el consentimiento se ordena a la cópula y la cópula encuentra su inicio y legitimación en el consentimiento. Pero para que la una *caro* adquiera su plenitud significativa bastan los dos factores indicados sin que sea preciso buscar otros modos de consumación.

El intento de superar esa explicación de la doctrina tradicional recurriendo a ciertas hipótesis de trabajo no parece haber logrado ningún resultado satisfactorio. Aparte la incertidumbre en que parece quedar el momento de la consu-

mación cuando se pretende sustituir la consumación por la cópula mediante el recurso a otras formas de consumación (así, por ejemplo, a través de las diversas modalidades de la llamada «consumación existencial»), se tiene la impresión de que se ha retrocedido a planteamientos espiritualistas (por lo que a la valoración de la materia se refiere) y voluntaristas (por lo que a la eficacia sacramental respecta). Habrá, que ponerle reparos a todo tipo de personalismo que, sean cuales fueren sus motivos, no acierte a valorar debidamente la dimensión corporal de la persona. Y habrá que desconfiar también de aquellas interpretaciones de los sacramentos que parecen referir la eficacia sacramental a la voluntad del hombre y no a la acción de Dios, que en la institución de los sacramentos, y concretamente del matrimonio, ha querido valerse de signos materiales al alcance de todos y comprensibles para todos, y no sólo para minorías de cristianos especialmente conscientes y preparados. No se trata de ningún «automatismo sacramental», sino de la acción de Dios que se vale de los elementos de la vida ordinaria (en este caso, de la vida ordinaria matrimonial, de los cuerpos de los cónyuges bautizados) para mostrar a los hombres sus designios de salvación.

Al fin y al cabo la acción humana en los sacramentos es instrumental. Puesto que en el matrimonio los ministros y sujetos del sacramento son los propios contrayentes, habrá que distinguir bien, por lo que a la administración del sacramento se refiere, lo que es la actividad del ministro y lo que son las disposiciones del sujeto. Los frutos de la Gracia dependen de las disposiciones del sujeto, pero la eficacia *ex opere operato* del signo sacramental no depende de la voluntad humana, sino de la liberalidad divina que usa de signos naturales ciertos, sensibles y externos.

Si fuesen necesarias las comparaciones, diríamos que la explicación tradicional de la consumación del matrimonio mediante la cópula carnal resulta más congruente con la naturaleza de los sacramentos y con el significado que en ella asumen los elementos materiales usados como signos[23]. Se manifiesta con ma-

23. Para el Panormitano, la consumación por la cópula no tiene ninguna relevancia en el matrimonio entre infieles y no bautizados puesto que niegan la Encarnación *(quia negant assumptionem carnis)* y por tanto se impide el efecto significante de la cópula: la absoluta indisolubilidad del matrimonio entre bautizados. El canonista clásico entendió bien la estrecha relación que guarda la unión de cuerpos en el matrimonio entre bautizados y el misterio de la Encarnación: quienes niegan la Encarnación del Verbo, misterio central del Cristianismo, difícilmente podrán entender esta significación de la *commixtio corporum*:

«*Ubi non est fides christiana matrimonium non habet suum significatum: nam matrimonium consummatum denotat unionem et conformitatem quæ est inter Deum et Ecclesiam per assumptionem carnis humanæ: unde sicut figuratum est indissolubile: quia carnem quam Deus assumpsit numquam dimisit ita et matrimonium illud figuras debet esse indissolubile sicut figuratum. Hoc autem significatum non habet matrimonium quod est inter infideles: quia negant assumptionem carnis. Et sic matrimonium inter eos non*

yor fuerza y expresividad la institución natural del matrimonio, cuya bondad original fue reafirmada mediante la institución cristiana, cuando el Señor remite a la primitiva situación de la Humanidad antes del Pecado. En esa situación, *ante peccatum,* tal como es narrada por los primeros capítulos del Génesis, se puede encontrar el sentido original de la Creación. Todas las cosas creadas eran buenas a los ojos de Dios. Papel relevante ocupa el hombre, creado a imagen de Dios, para que engendrase y se multiplicase, para que dominase la tierra mediante su trabajo. Cuando, llegada la plenitud de los tiempos, se restauran todas las cosas, la materia vuelve a ser revalorizada: los Sacramentos se valdrán de ella para significar y producir la Gracia. Y, con la materia, el cuerpo del hombre y su vida ordinaria: la familia, que encuentra su expresión en la «communio corporum et animorum» de los cónyuges unidos en matrimonio, y el trabajo, por el que se fabrica el pan y el vino destinados a convertirse en el Cuerpo y Sangre del Señor[24].

Los Sacramentos son manifestación del realismo cristiano que devuelve a la materia su primitiva dignidad. El Sacramento del matrimonio en concreto, expresa ese realismo asumiendo como signos de la unión de Cristo y de la Iglesia las mismas realidades por las que es también y al mismo tiempo una institución natural: el consentimiento y la cópula, la una *caro* en que el matrimonio consiste.

est ita firmum et indissolubile: quia cessat inter eos ratio indissolubilitatis». Cfr. Nicolás de Tudeschis, *Commentaria.* cit., lib. IV, *De divortiis,* fol. 46.

24. Recientemente Juan Pablo II afirmaba lo siguiente: «Que la Teología comprenda también el cuerpo no debe maravillar ni sorprender a nadie que sea consciente del misterio de la Encarnación. Cuando el Verbo de Dios se hizo carne, el cuerpo entró por la puerta principal en la Teología». (Audiencia General del 2 de abril de 1980).

3

MATRIMONIO Y FAMILIA EN LA ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE LA IGLESIA*

Sumario: 1. La estructura fundamental de la Iglesia y el Derecho Constitucional. 2. El Sacramento del matrimonio en la estructura de la Iglesia. 3. La comunidad conyugal y familiar en el ámbito de la *Communio fidelium*. 4. Naturaleza Constitucional de los derechos y obligaciones esenciales del Matrimonio.

1. La estructura fundamental de la Iglesia y el Derecho Constitucional

¿Cuál es el lugar del matrimonio y de la familia en la Constitución de la Iglesia? ¿Forman parte el matrimonio y la familia de la estructura fundamental de la Iglesia?

Cuando se habla de la sociedad en general y de su estructura fundamental, no es difícil encontrar alusiones al papel del matrimonio y de la familia en el seno de esa estructura. Es clásica la afirmación de Cicerón sobre la familia como «*seminarium rei publicae*». Los tratados clásicos de Derecho Natural o de Derecho Político justifican esa posición básica de matrimonio y familia en la ley natural. La Teología bíblica y la Doctrina Social de la Iglesia añaden nuevas razones, basadas en la Sagrada Escritura y en la Tradición de la Iglesia, para encontrar justificaciones de Derecho divino revelado a esas razones meramente naturales[1]. Puede decirse que existe un amplio consenso a este respecto.

(*) Publicado en *Escritos en honor de Javier Hervada*, (volumen especial de Ius Canonicum), Pamplona 1999, 293-302.

Me es muy grato dedicar estas páginas sobre el lugar del matrimonio y de la familia en la Constitución de la Iglesia al Prof. Javier Hervada, maestro de canonistas, que ha cultivado de un modo sobresaliente tanto el Derecho Matrimonial como el Derecho Constitucional Canónico.

1. En esta línea, por ejemplo, el Decreto *Apostolicam actuositatem*, n. 11 califica el consorcio conyugal de principio y fundamento de la sociedad humana («*exordium et fundamentum societatis humanae*»).

Pero si dejamos el campo de las Ciencias que se ocupan de la sociedad civil y de las Constituciones políticas y nos trasladamos al ámbito de las Ciencias que estudian la Constitución de la Iglesia, sólo en época muy reciente encontramos de un modo explícito la referencia al papel que desempeñan matrimonio y familia en su estructura Constitucional. Quizá hasta el Concilio Vaticano II y la doctrina que lo desarrolla no encontramos de modo claro unas referencias a esa función[2]. Y quizá se puede decir también que es todavía muy débil el estudio y análisis de esta cuestión en la doctrina teológica y canónica postconciliar. En el ámbito del Derecho Canónico, al menos, parece faltar un estudio a fondo del tema. En las breves páginas que siguen no se pretende obviamente llenar esa laguna, sino solo apuntar y esbozar algunas líneas para su desarrollo.

Una primera cuestión que conviene delimitar es la referente a la estructura fundamental de la Iglesia. Para algunos se trata de un concepto básico para precisar, a su vez, el concepto de Constitución de la Iglesia[3]. El término «Constitución» ha sufrido a lo largo de la Historia muchas vicisitudes hasta llegar a su actual utilización en el campo del Derecho Político y Constitucional, y también en el campo del Derecho Canónico. Hay que tomar conciencia de esta mutua influencia entre el ámbito civil y el Eclesiástico, también para poder delimitar mejor las diferencias[4].

Desde aquellas Constituciones promulgadas por los Emperadores del Imperio Romano, hasta las actuales Constituciones, entendidas como Leyes Fundamentales del Estado, ha habido una indudable evolución en el seno de las ideas

2. En el Magisterio posterior al Vaticano II destaca, por su importancia para este tema, la Exhortación Apostólica *Familiaris consortio.*

3. Sobre el concepto de estructura fundamental de la Iglesia puede verse Rodríguez, P., *El concepto de estructura fundamental de la Iglesia*, en *Veritati Catolicae*, Festschrift für Leo Scheffczyk zum 65. Geburtstag, Eichstatt 1985, 237-246.

El Prof. Hervada se ha referido también a la distinción entre lo que llama estructuras primarias y fundamentales, y las estructuras secundarias y derivadas. Ambos tipos de estructuras se relacionan entre sí en virtud de los principios de congruencia y de prevalencia de las estructuras primarias sobre las secundarias. Según este autor, el Derecho Constitucional surge cuando la Ciencia Jurídica toma conciencia de los principios de congruencia y prevalencia y los aplica. Serían estos principios los que darían al Derecho Constitucional su «formalidad», esto es, «aquella perspectiva desde la cual lo estudia la Ciencia jurídica y se aplican unas reglas peculiares de formalización y de interpretación del derecho». Cfr. Hervada, J., *Derecho Constitucional y derecho de las asociaciones*, en *Das Konsoziative element in der Kirche*, Sto. Ottilien 1989, 99-116.

4. El Concilio Vaticano II se ha referido a esa influencia que la Constitución de la Iglesia ha recibido de la sociedad civil, consecuencia inevitable de la inserción de la Iglesia en el mundo: «La Iglesia, por disponer de una estructura social, visible, señal de su unidad en Cristo, puede enriquecerse y de hecho se enriquece también, con la evolución de la vida social, no porque le falte en la constitución que Cristo le dio elemento alguno, sino para conocer con mayor profundidad esta misma constitución, para expresarla de forma más perfecta y para adaptarla con mayor acierto a nuestros tiempos». *Gaudium et Spes*, n. 44.

y de las doctrinas y teorías políticas, que afectan a los fundamentos del Derecho Constitucional civil. Pero esa evolución se ha dejado sentir también en el ámbito del Derecho Canónico, desde aquellas Constituciones aprobadas por los Papas (Constituciones Apostólicas) y los Concilios (Constituciones conciliares) hasta la actual consideración de la Constitución de la Iglesia como algo más que una simple ley o fuente del Derecho, convertida en un concepto para designar la estructura fundamental y originaria de la Iglesia. Cuando la Eclesiología se refiere a la Constitución Divina de la Iglesia se está remitiendo a la Iglesia de Dios, fundada por Cristo, y a sus orígenes Apostólicos. Lo mismo cabe decir cuando el Derecho Canónico se refiere a la Constitución de la Iglesias[5].

Para el Derecho Canónico, hablar de la Constitución de la Iglesia es ante todo referirse a su fundación por Cristo, al «*Ius Divinum Ecclesiae*» procedente de la Voluntad Fundacional de Cristo. Ahora bien, sabemos cuan difícil es precisar el contenido del Derecho Divino y señalar sus fronteras con el Derecho humano.

El concepto de estructura fundamental de la Iglesia –como equivalente a Constitución de la Iglesia– trata de poner de relieve algunos elementos básicos y primarios. Así se puede decir que la Iglesia está constituida por la *Palabra y por los Sacramentos,* como elementos de su Institución divina. A esa estructura de radicación Cristológica, añaden otros el elemento *carismático,* para referirse a la acción del Espíritu Santo en la Constitución y en la Historia de la Iglesia[6].

Teniendo en cuenta que Palabra y Sacramento son originariamente inseparables, en Cristo, cabe hablar sin más de una *estructura sacramental de la Iglesia* para referirse a su estructura fundamental. Sobre el fundamento de Cristo, como piedra angular, se estructuran los siete Sacramentos, instituidos por Cristo, como bases organizativas de la Iglesia. La *Eucaristía* ocupa un lugar eminente, como centro y raíz de la vida de la Iglesia. Los Sacramentos que imprimen carácter *(Bautismo, Confirmación y Orden)* destinan a los fieles cristianos que los reciben a ocupar una posición estable en la Constitución de la Iglesia, a la vez que fundamentan su variedad, pues el Cuerpo de Cristo es orgánico y diferenciado. Los demás Sacramentos enriquecen y matizan esa estructura en relación con otros aspectos.

Apelando a la radicación Trinitaria de la Iglesia, presente en el Magisterio del Concilio Vaticano II, se puede decir que la Iglesia es el Pueblo de Dios, constituido como Cuerpo de Cristo y Templo del Espíritu Santo; la comunión de los hijos

5. *Vid*., por ejemplo, los estudios citados en la nota 3.
6. Véase, en este sentido, Corecco, E., *Istituzione e carisma in riferimento alle strutture associative,* en *Das konsoziative Element in der Kirche,* cit., 79-98.

de Dios en Cristo por el Espíritu Santo. En cuanto Cuerpo de Cristo la Iglesia tiene una Constitución orgánica y diferenciada (jerárquica). Cristo, Cabeza de la Iglesia, está representado por la jerarquía (a través del Sacramento del Orden); los demás miembros se incorporan a ese Cuerpo y crecen en El a través de los Sacramentos de la Iniciación Cristiana (Bautismo, Confirmación y Eucaristía).

Nace así un entramado de posiciones y de relaciones en la estructura de la Iglesia que afectan también al mundo del Derecho. Se trata de los efectos jurídicos de los Sacramentos, que la Ciencia Canónica analiza determinando su papel en la organización de la Iglesia: relaciones jurídicas de derechos y obligaciones de los fieles, por un lado; y relaciones de potestad y de jerarquía, por otro[7].

La formalización jurídica de estas ideas las encontramos actualmente en el Código de Derecho Canónico, yen particular en el Libro II, que trata del Pueblo de Dios. En su Parte I se refiere a los fieles cristianos –determinándose allí las obligaciones y derechos correspondientes– y en su Parte II se refiere a la Constitución Jerárquica de la Iglesia, estructurada como un «Corpus Ecclesiarum», configurado por las partes orgánicas correspondientes –desde los diversos tipos de Iglesias Particulares hasta lo que, con la terminología del Concilio Vaticano II, podemos designar como *Iglesias domésticas*[8].

2. El Sacramento del matrimonio en la estructura de la Iglesia

¿Qué papel juega el Sacramento del Matrimonio en esa estructura fundamental de la Iglesia?

Ante todo hay que decir que si los Sacramentos estructuran la Iglesia y producen en ella determinados efectos jurídicos, esa función le corresponde también al Matrimonio, aunque el tema haya sido menos analizado y estudiado –respecto a la Constitución de la Iglesia– que el caso de otros Sacramentos. La doctrina canónica se ha ocupado, sin duda, de la eficacia jurídica del Sacramento del Matrimonio, pero ha descuidado preguntarse por su papel Constitucional ¿En qué sentido el Sacramento del Matrimonio estructura y edifica la Iglesia?

Para responder a esta cuestión, es interesante recordar la doctrina paulina sobre el matrimonio y la Iglesia, como Cuerpo y Esposa de Cristo. Cuando S. Pablo recurre a la analogía de la Iglesia como *Cuerpo de Cristo*, esta analogía está

7. Vid. Hervada, J., *Las raíces sacramentales del Derecho Canónico*, en *Estudios de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico (en homenaje al Profesor Maldonado)*, Madrid 1983, 245-271; Molano, E., *Dimensiones jurídicas de los Sacramentos*, Ibídem, 439-449.

8. Cfr. *Lumen Gentium*, n. 11.

también muy unida a la de la Iglesia como *Esposa de Cristo.* Sobre ella desarrolla su doctrina sobre la sacramentalidad del matrimonio. En realidad, todos los Sacramentos configuran con Cristo a los sujetos que los reciben, incorporándolos a su Cuerpo Místico y haciéndolos crecer en él. En el caso del matrimonio, los cónyuges que reciben el Sacramento quedan configurados también a ese Cuerpo de Cristo, aunque de manera diferenciada: el varón se configura con Cristo como Esposo –y Cabeza de ese Cuerpo– y la mujer se configura con la Iglesia como Esposa y Cuerpo de Cristo. Según S. Pablo, este es el significado sacramental del Matrimonio: Cristo, Cabeza y Esposo de la Iglesia, representado por el varón; la Iglesia, Cuerpo y Esposa de Cristo representada por la mujer. El varón y la mujer, en cuanto cónyuges, significan y representen así a la Iglesia como Cuerpo de Cristo –Cabeza y miembros–[9].

Esta doctrina proporciona la base para entender de qué manera el Sacramento del Matrimonio estructura la Iglesia y de qué manera los cónyuges contribuyen, a su modo y diferencialmente, a edificarla como Cuerpo Místico de Cristo. Mientras dura el matrimonio, la relación jurídica básica que liga a los cónyuges –el vínculo matrimonial de *Derecho Divino*– pertenece a la estructura fundamental de la Iglesia tal como ha sido querido por Cristo al fundarla y al instituir los Sacramentos.

El Matrimonio estructura a la Iglesia como Cuerpo de Cristo y proporciona a este Cuerpo una base sacramental, que se añade y enriquece a la que le proporcionan los demás Sacramentos. La condición de cónyuges que tienen los fieles unidos en matrimonio es también una modalidad de la condición de fiel, y ambas condiciones –la de fiel y la de cónyuge– tienen un carácter Constitucional. La diferencia está en su fundamento sacramental: la condición Constitucional de fiel se fundamenta en el *Bautismo;* la condición Constitucional de cónyuge se fundamenta en el *Matrimonio.*

3. La comunidad conyugal y familiar en el ámbito de la *Communio fidelium*

Es interesante analizar el matrimonio y la familia observándolos también desde la perspectiva de la Iglesia entendida como Comunión. Como es sabido, la doctrina teológica y canónica se han referido a las diversas dimensiones de

9. Sobre la significación sacramental del matrimonio con referencia al misterio de Cristo y de la Iglesia, tomando pie en la doctrina de S. Pablo, pueden verse especialmente los siguientes textos del Magisterio: *Arcanum divinae sapientiae,* n. 7, 11; *Casti connubii,* n. 136; *Gaudium et Spes,* n. 48; *Familiaris Comortio,* n. 13; *Mulieris dignitatis,* n. 25; *Carta a las Familias,* n. 19.

la Iglesia como Misterio de Comunión, esquematizándolas habitualmente en tres categorías: la *Communio fidelium,* la *Communio hierarchica* y la *Communio Ecclesiarum*[10]*.* Todas estas dimensiones tienen su correspondiente fundamento y estructura sacramental, relacionadas muy particularmente con los Sacramentos del Bautismo, Orden Sagrado y Eucaristía, respectivamente.

A los efectos que nos proponemos, nos interesa sobre todo la *Communio fidelium* como dimensión del Misterio de la Iglesia. Como es sabido, esta forma específica de la socialidad de la Iglesia tiene su fundamento en el Bautismo, que es también el Sacramento en el que se basa la condición Constitucional de fiel. Como afirma el canon 204 § 1, «son fieles cristianos quienes incorporados a Cristo por el Bautismo, se constituyen en el Pueblo de Dios» y se hacen así partícipes de las funciones propias de Cristo para edificar la Iglesia en el mundo. La condición de fiel y la condición de comunión que une a los fieles entre sí es uno de los efectos producidos por el Sacramente del Bautismo. Entre las consecuencias jurídicas que de ahí surgen se encuentra el *estatuto jurídico Constitucional* de los fieles, el conjunto de obligaciones y derechos que forman el contenido de la condición de fiel, ampliamente desarrollado en el Código de Derecho Canónico[11].

Uno de estos derechos –que corresponden a la persona humana en cuanto tal, pero tambiın a los fieles cristianos– es el *ius connubii,* el Derecho al matrimonio. Se trata de un Derecho natural de la persona, y de un Derecho fundamental o Constitucional del fiel, cuyo ejercicio ha sido santificado por un Sacramento[12].

Cuando dos fieles capacitados para ello –varón y mujer– ejercen su Derecho a contraer matrimonio establecen entre si unas nuevas relaciones de comunión que vienen a añadirse y enriquecer las ya existentes entre ellos en cuanto fieles. Se trata de esa *communio vitae et amoris* a la que da lugar el Sacramento del Matrimonio[13]. Estas nuevas relaciones de comunión se integran en las ya existentes relaciones de la «communio fidelium», y las modalizan y especifican en relación con los fieles cristianos que se convierten en cónyuges. Su carácter Constitucio-

10. Vid., por ejemplo, Hervada, J., *Elementos de Derecho Constitucional Canónico,* Pamplona 1987, 79-85.

11. Para un desarrollo de la condición constitucional de fiel y del estatuto jurídico –derechos y deberes fundamentales– que de ella surge, puede verse: Ibídem, 95-119.

12. Hervada distingue entre el «*ius connubbi*», en sentido estricto, que tiene su fundamento en el derecho natural y corresponde a la persona humana –y, por tanto, al fiel como persona–; y el derecho al matrimonio, como derecho fundamental del fiel que «tiene su raíz en la propia doctrina cristiana», «en tanto el matrimonio es, no solo una vocación natural, sino una vocación cristiana y en la medida en que el matrimonio está relacionado con el misterio de Cristo (Sacramento de la unión de Cristo con la Iglesia)». Ibídem, 136.

13. Cfr. *Gaudium et Spes,* n. 48.

nal deriva de su *fundamento sacramental* y de la eficacia estructurante que producen en la Constitución de la Iglesia.

Dentro del matrimonio cristiano los cónyuges están llamados a configurarse con Cristo ya significar su relación esponsal con la Iglesia. Al mismo tiempo, están llamados a santificarse recíprocamente, participando en la triple función santificadora, profética y real de Cristo, cada uno a su modo, como varón y como mujer. El sentido de su mutua entrega y aceptación recíproca significada en el acto de consentimiento es precisamente ese servicio mutuo al bien del otro cónyuge. Así los cónyuges se edifican mutuamente en su vida cristiana y en su condición conyugal[14].

Por otra parte, la «*communio vitae et amoris*» está ordenada también al bien de los hijos, como fin esencial del matrimonio. La comunidad conyugal está abierta a la fecundidad propia del matrimonio, abierta a la vida y a los hijos, y a la formación de éstos como hijos de Dios. Aquí encontramos nuevos motivos respecto a esa función estructurante de la Iglesia que posee el matrimonio sacramental. La *comunidad conyugal* surgida del acto de consentimiento, se abre a la *comunidad familiar* que surge del ejercicio de los derechos y deberes conyugales en orden a los actos de suyo aptos para la generación de la prole. La «*communio conyugalis*» se expande en la comunidad familiar que resulta de la vida matrimonial y se hace apta para convertirse así en célula de la Iglesia, en *Iglesia doméstica.*

Las relaciones entre padres e hijos, y entre hermanos, están llamadas a ser relaciones de comunión, de esa comunión en que consiste la Iglesia. En particular, los padres están llamados a ejercitar las «graves» obligaciones y derechos que contraen en relación con la generación y educación de la prole (c. 1136). Los propios cónyuges –como antes recordábamos–, pero también los hijos, son los principales destinatarios de esa triple función *(munus sanctificandi, docendi et regendi)* que han de ejercer los esposos cristianos en virtud de su configuración con Cristo por obra del Sacramento del Matrimonio[15] La familia se convierte así en estructura básica de la Iglesia, en Iglesia doméstica. La comunidad conyugal y familiar se constituye, por tanto, en modalidad y especificación de la «*communio fidelium*» como dimensión del misterio de la Iglesia.

14. En este sentido, los cc. 1055, 1057 y 1134 guardan una estrecha conexión entre sí.

15. Un desarrollo orgánico de la tarea que corresponde a la familia en la misión de la Iglesia, y en su triple «*munus*», se encuentra en *Familiaris consortio,* nn. 49-64.

4. Naturaleza Constitucional de los Derechos y obligaciones esenciales del Matrimonio

Probablemente, una de las razones por las que la doctrina canónica que se ha ocupado del matrimonio no ha desarrollado su dimensión Constitucional –respecto a la estructura fundamental de la Iglesia– ha sido por considerarlo ante todo en su momento «*in fieri*» y no en su momento «*in facto esse*». Es decir, por fijarse sobre todo en el consentimiento, como acto causal del matrimonio, y no en el matrimonio en sí mismo, como comunidad conyugal y base de una comunidad familiar más amplia. Esto ha determinado una separación indebida entre Derecho Matrimonial y Derecho Constitucional Canónico. No se ha reparado así suficientemente en la función estructurante del Matrimonio en relación con la Constitución de la Iglesia. Por eso habría que desarrollar mucho más esa *relación entre Derecho Matrimonial Canónico y Derecho Constitucional.*

A ello ayudaría partir de los principios antes recordados, cuyas consecuencias jurídicas se manifiestan en el carácter Constitucional que tienen los d*erechos y deberes esenciales del Matrimonio.* Como más arriba se advertía, estos derechos y obligaciones se refieren tanto a los cónyuges entre sí como a los cónyuges en cuanto padres. Se trata, evidentemente, de los derechos y obligaciones que derivan de los fines y propiedades esenciales del matrimonio, y, por tanto, de aquellos que se refieren tanto al bien de los cónyuges como al bien de los hijos.

Sin entrar ahora en las cuestiones que la doctrina canónica se plantea sobre este tema desde el punto de vista del Derecho Matrimonial[16], quisiera subrayar ahora los aspectos que más interesan desde el punto de vista del Derecho Constitucional. En este sentido, parece que pueden calificarse de Constitucionales algunas dimensiones de la relación jurídica básica que constituye el vínculo matrimonial. En términos generales, se puede decir que aquellos *elementos esenciales del matrimonio* que corresponden al *Derecho Divino* –en cuanto pertenecen también a la estructura fundamental de la Iglesia– tienen un carácter Constitucional. Estos elementos son los que están en relación con los fines –el bien de los cónyuges y el bien de los hijos– y las propiedades esenciales del matrimonio –la unidad y la indisolubilidad–.

A falta de una tipificación legal, ni la Jurisprudencia, ni la doctrina canónica han conseguido hasta ahora delimitar con precisión cuál es el contenido esencial del vínculo; o, para decirlo con el lenguaje del Código de Derecho Canónico,

16. Puede verse, por ejemplo, Fornés, J., *Derecho Matrimonial canónico*, Pamplona 1990, 27-43; 100-111.

cuáles son todos los «derechos y deberes esenciales del matrimonio» (c. 1095). Se trata de aquellos derechos y obligaciones que son objeto del consentimiento matrimonial y que se refieren a la *esencia del matrimonio, a sus fines y propiedades esenciales.* Por tanto, se trata también de aquel núcleo de juridicidad correspondiente al *ius divinum matrimonii.*

Resumiendo a Hervada, esas obligaciones esenciales sedan: el deber u obligación de atender al mutuo perfeccionamiento material, espiritual y afectivo; la obligación de realizar el acto conyugal ordenado a la generación de los hijos; la obligación de no hacer nada contra la prole; la obligación de recibir y educar a los hijos; el deber de guardar fidelidad al otro cónyuge; la obligación de un amor perpetuo [17] Aunque esta enumeración se refiere propiamente a las «obligaciones esenciales», se trata lógicamente de obligaciones recíprocas de los cónyuges y, por tanto, de «Derecho y obligaciones esenciales» que, según Viladrich, son «mutuas, permanentes, continuas, exclusivas e irrenunciables» [18].

Dejando aparte el modo y acierto con que pueda hacerse esa enumeración y descripción, lo que sí parece necesario es tratar de deducirla siempre de los elementos esenciales del matrimonio; es decir, según la terminología clásica, aquellos elementos que constituyen la esencia del matrimonio y que están en relación con sus fines y propiedades esenciales –según la terminología tomista–, o que derivan de los bienes del matrimonio –el «bonum prolis, fidei, et sacramenti», según la terminología agustiniana, asumida posteriormente por la Doctrina y la Jurisprudencia canónica– [19].

De aquí se ha extraído, y habrá que tratar de extraer siempre, el núcleo de juridicidad correspondiente al contenido esencial del vínculo matrimonial. En la medida en que corresponde al matrimonio como institución de Derecho natural o como Sacramento instituido por Cristo, este núcleo de juridicidad forma parte del Derecho divino matrimonial. La formalización de las exigencias jurídicas que de ahí derivan –por parte del legislador, de la Jurisprudencia o de la doctrina– puede ser más o menos acertada, pero eso no afecta a su naturaleza. Lo que convierte a esos derechos y obligaciones esenciales en verdaderos derechos

17. Vid. Hervada, J., *Obligaciones esenciales del matrimonio,* en V.V.A.A., *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales,* Pamplona 1991, 13-40.

18. Cfr. Viladrich, P. J., *Código de Derecho Canónico* (edición anotada), Pamplona 1992, 658.

19. Sobre estas cuestiones, puede verse Hervada, J., *Diálogos sobre el amor y el matrimonio,* Pamplona 1987 (3ª ed.), 183-208; 209-301; Bernárdez, A., *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico,* Madrid 1986, especialmente 32-33; 116-118; 128-134; López Alarcón, M. – Navarro Valls, R., *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y concordado,* Madrid 1984, especialmente, 64-75; 152-161; 166-168; Bañares, J. I., *Comentario a los cc. 1.055-1.058,* en AA.VV., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico,* III, Pamplona 1996, 1019-1071; Viladrich, P. J., *Comentario al c. 1.095,*ibídem, 1211-1259.

Constitucionales es su carácter originario y primario, su capacidad para configurar la estructura fundamental del matrimonio y también la estructura de la Iglesia.

Conviene matizar que se trata de derechos y obligaciones Constitucionales de los fieles *en cuanto cónyuges y en cuanto padres,* es decir, en la medida en que han asumido, mediante el ejercicio del «ius connubii», el estado de vida matrimonial. Por tanto, son derechos y obligaciones que no corresponden al estatuto común de los fieles –derivado del Bautismo– sino a la *diversidad de condiciones y estados propios de los fieles* –en este caso, aquel estado y *estatuto derivado del Sacramento del Matrimonio–. El estatuto jurídico del matrimonio y de la familia* no se basa en el principio de igualdad– como es el caso del estatuto común de los fieles– sino en el *principio de diversidad*[20]. Pero es un estatuto de *fundamento sacramental* que, en cuanto tal, pertenece a la estructura fundamental de la Iglesia, basada en todos y en cada uno de los Sacramentos instituidos por Cristo.

De acuerdo con ese principio de diversidad, la plasmación jurídica de ese estatuto la realiza el *Código de Derecho Canónico* principalmente en el lugar donde se regulan las obligaciones y derechos de los laicos (e. 226), y al regular el Sacramento del matrimonio (especialmente, ce. 1055-1057; 1134-1136). El análisis de estos cánones nos lleva a la conclusión de que ahí se encuentran ciertamente las bases de un estatuto del matrimonio y de la familia en el Derecho Canónico, que el propio Código desarrolla en otros lugares.

Respecto a la función del matrimonio y de la familia en la estructura de la Iglesia tiene especial interés y significación el *c.* 226 § 1: «Quienes, según su propia vocación, viven en el estado matrimonial, tienen el peculiar deber de trabajar en la edificación del pueblo de Dios a través del matrimonio y de la familia». De acuerdo con este canon, el Pueblo de Dios, que está constituido como Cuerpo de Cristo y Templo del Espíritu Santo, posee una estructura propia, a modo de un edificio, que ha de ser construida por todos los fieles cristianos; en esta norma, dirigida a los fieles unidos en matrimonio –en la Iglesia latina este estado es propio de los laicos, y por eso este canon se refiere solo a ellos, pero en la Iglesia Católica de rito Oriental esta norma sería válida también para los clérigos, salvo el Episcopado– se les recuerda su deber de contribuir de manera específica y diferenciada, de acuerdo con su vocación, a esa edificación de la Iglesia. De ahí ese papel estructuran te que corresponde al matrimonio–sacramento y a la familia en la estructura Constitucional de la Iglesia.

20. Sobre los principios de igualdad y de diversidad o variedad, como principios constitucionales, puede verse Hervada, J., *Elementos de Derecho Constitucional Canónico,* cit., 48-54.

En esa misma línea, el *c.* 226 § 2 se refiere a los fieles en cuanto padres, y recuerda el «gravísimo deber y Derecho de educar a los hijos»; y en particular, les recuerda que ese deber se refiere en primer lugar a «procurar la educación cristiana de sus hijos según la doctrina enseñada por la Iglesia»[21].

Así pues, en los principios contenidos en este canon se encuentran esbozadas las líneas maestras de lo que significa la participación de los fieles, en cuanto cónyuges y en cuanto padres, en el triple «*munus sanctificandi, docendi et regendi*» de Cristo. Ahí se encuentra también una base normativa que formaliza el papel del matrimonio y de la familia en la estructura fundamental de la Iglesia»[22].

21. Puede verse el comentario a este canon de Caparrós, E., en AA.VV., *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico,* II, Pamplona 1996, 174-179.

22. Para un desarrollo de esa base y de esos principios en otras normas del Código de Derecho Canónico, puede verse la Comunicación que presenté al X Congreso Internacional de Derecho Canónico celebrado en Pamplona en 1998, *Hacia un Derecho Canónico de familia*, en Aa.Vv., *El Matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio. Actas del X Congreso Internacional de Derecho Canónico,* Pamplona (2000) 793-805.

Ese trabajo presentado al Congreso es como la continuación de este escrito, y ambos están orgánicamente relacionados.

4

HACIA UN DERECHO CANÓNICO DE FAMILIA*

Sumario: 1. Los derechos y deberes esenciales del Matrimonio en la Constitución de la Iglesia. 2. Hacia un Derecho Canónico de la familia. 3. Familia y Organización Eclesiástica. 4. La familia como agente de evangelización y de actividad apostólica en la Iglesia: 4.1. *En relación con el «munus docendi»*. 4.2. *En relación con el «munus sanctificandi»*. 4.3. *En relación con el «munus regendi»*. 5. La familia como destinataria de la actividad pastoral de la Iglesia. 6. Consideraciones finales.

1. Los Derechos y Deberes esenciales del Matrimonio en la Constitución de la Iglesia

A diferencia del Derecho Civil, en el que se ha desarrollado una importante rama del sistema jurídico sobre el *Derecho de Familia*, en el ámbito Canónico esta materia no ha sido suficientemente atendida por la doctrina y, quizá, tampoco por la legislación. Para ayudar en esa tarea, pienso que puede ser interesante considerar el papel que el Matrimonio y la Familia desempeñan en la estructura esencial de la Iglesia, y examinar en qué sentido el Derecho matrimonial y de familia forman parte del *Derecho Constitucional*. Se trata de una cuestión que no ha sido tampoco suficientemente estudiada por la doctrina.

Probablemente, una de las razones por las que la doctrina canónica que se ha ocupado del matrimonio no ha desarrollado su dimensión Constitucional ha sido por considerarlo ante todo en su momento «*in fieri*» y no en su momento «*in facto esse*». Es decir, por fijarse sobre todo en el consentimiento, como acto causal del matrimonio, y no en el matrimonio en sí mismo, como comunidad conyugal y base de una comunidad familiar más amplia. Esto ha determinado

(*) Publicado en AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el IIIº Milenio*, Pamplona 2000, 793-803.

una separación indebida entre Derecho Matrimonial y Derecho Constitucional Canónico. No se ha reparado así suficientemente en la función estructurante del Matrimonio en relación con la Constitución de la Iglesia. Habría que intentar desarrollar mucho más esa relación entre Derecho Matrimonial Canónico y Derecho Constitucional. A continuación solo me propongo proporcionar algunas ideas que puedan ayudar en esa dirección[1].

Conviene referirse, ante todo, al carácter Constitucional que parecen tener los *derechos y deberes esenciales del Matrimonio*. Estos derechos y obligaciones se refieren tanto a los cónyuges entre sí como a los cónyuges en cuanto padres. Se trata, evidentemente, de los derechos y obligaciones que derivan de los fines y propiedades esenciales del matrimonio, y, por tanto, de aquello que se refieren tanto al bien de los cónyuges como al bien de los hijos.

Sin entrar en las cuestiones que la doctrina canónica se plantea sobre este tema desde el punto de vista del Derecho Matrimonial[2] , quisiera subrayar ahora los aspectos que más interesan desde el punto de vista del Derecho Constitucional. En este sentido, parece que pueden calificarse de Constitucionales algunas dimensiones de la relación jurídica básica que constituye el vínculo matrimonial. En términos generales, se puede decir que aquellos elementos esenciales del matrimonio que corresponden al Derecho Divino pertenecen también a la estructura fundamental de la Iglesia y tienen un carácter Constitucional. Estos elementos son los que están en relación con los fines –el bien de los cónyuges y el bien de los hijos– y las propiedades esenciales del matrimonio –la unidad y la indisolubilidad–.

A falta de una tipificación legal, ni la Jurisprudencia, ni la doctrina canónica han conseguido hasta ahora delimitar con precisión cuál es el contenido esencial del vínculo; o, para decirlo con el lenguaje del Código de Derecho Canónico, cuáles son los «derechos y deberes esenciales del matrimonio» (c. 1095). Se trata de aquellos derechos y obligaciones que son objeto del consentimiento matri-

1. Los principios constitucionales que sirven de base a las ideas aquí expuestas los he tratado de exponer en mi colaboración destinado al volumen homenaje al Pro f. Javier Hervada –publicado en un número especial de Ius Canonicum (1999)– bajo el título de *Matrimonio y familia en la estructura constitucional de la Iglesia*. Las páginas que ahora se publican en estas Actas del Congreso hay que leerlas en conexión orgánica con aquella colaboración, y son en realidad su complemento y continuación.

2. Pueden verse, por ejemplo, Bernárdez, A., *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 1986, especialmente 32-44; 116-118; 128-134; 173; Fornés, J., *Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid 1990, especialmente, 27-43; 100-111; 118-123; López Alarcón, M. – Navarro Valls, R., *Curso de Derecho Matrimonial canónico y concordado*, Madrid 1984, especialmente 64-75; 152-161; 166-168; Bañares, J. I., *Comentario a los CC. 1055-1058*, en AA.VV., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico,* III, Pamplona 1996, 1019-1071; Viladrich, P. J., *Comentario al c. 1095*, en Ibídem, 1211-1259.

monial y que forman parte de aquel núcleo de juridicidad correspondiente al «*ius divinum matrimonii*».

Resumiendo a Hervada, esas obligaciones esenciales serían: el deber u obligación de atender al mutuo perfeccionamiento material, espiritual y afectivo; la obligación en orden al acto conyugal ordenado a la generación de la prole; la obligación de no hacer nada contra la prole; la obligación de recibir y educar a los hijos; el deber de guardar fidelidad al otro cónyuge; la obligación de guardar un amor perpetuo[3]. Aunque esta enumeración se refiere propiamente a las «obligaciones esenciales», se trata lógicamente de obligaciones recíprocas de los cónyuges y, por tanto, de «derechos y obligaciones esenciales» que, según Viladrich, son «mutuas, permanentes, continuas, exclusivas e irrenunciables »[4].

Dejando aparte el modo y acierto con que pueda hacerse esa enumeración y descripción, lo que sí parece necesario es tratar de deducirla siempre de los elementos esenciales del matrimonio; es decir, según la terminología clásica, aquellos elementos que constituyen la esencia del matrimonio y que están en relación con sus fines y propiedades esenciales –según la terminología tomista–; o que derivan de los bienes del matrimonio –el «bonum prolis, fidei, et sacramenti», según la terminología agustiniana, asumida posteriormente por la doctrina y la Jurisprudencia canónica–[5].

De aquí se ha extraído, y habrá que tratar de extraer siempre, el núcleo de juridicidad correspondiente al contenido esencial del vínculo matrimonial. En la medida en que corresponde al matrimonio como institución de Derecho natural o como Sacramento instituido por Cristo, este núcleo de juridicidad forma parte del *Derecho divino matrimonial*. La formalización de las exigencias jurídicas que de ahí derivan –por parte del legislador, de la Jurisprudencia o de la doctrina– puede ser más o menos acertada, pero eso no afecta a su naturaleza. Lo que convierte a esos derechos y obligaciones esenciales en verdaderos derechos Constitucionales es su carácter originario y primario, su capacidad para configurar la estructura fundamental del matrimonio y también la estructura de la Iglesia.

Conviene matizar que se trata de derechos y obligaciones Constitucionales de los fieles en cuanto cónyuges y en cuanto padres, es decir, en la medida en que han asumido, mediante el ejercicio del «*ius connubii*», el estado de vida matrimonial. Por tanto, son derechos y obligaciones que no corresponden al estatuto

3. Vid. Hervada, J., *Obligaciones esenciales del matrimonio*, en AA.VV., *Incapacidad consensual para las obligaciones matrimoniales*, Pamplona 1991, 13-40.

4. Cfr. Viladrich, P.J., *Código de Derecho Canónico* (edición anotada), Pamplona 1992, 658.

5. Sobre estas cuestiones, puede verse, además de los autores y referencias citadas en la nota 2, Hervada, J., *Diálogos sobre el amor y el matrimonio*, Pamplona ³1987, 183-208; 209-255; 257-301.

común –de los fieles– derivado del Bautismo –sino a la diversidad de condiciones y estados propios de los fieles– en este caso, aquel estado y estatuto derivado del Sacramento del Matrimonio. El estatuto jurídico del matrimonio y de la familia no se basa en el principio de igualdad –como es el caso del estatuto común de los fieles– sino en el *principio de diversidad*[6]. Pero es un estatuto de fundamento sacramental que, en cuanto tal, pertenece a la estructura fundamental de la Iglesia, basada en todos y en cada uno de los Sacramentos instituidos por Cristo.

De acuerdo con ese principio de diversidad, la plasmación jurídica de ese estatuto la realiza el Código de Derecho Canónico principalmente en el lugar donde se regulan las obligaciones y derechos de los laicos (c. 226), y al regular el Sacramento del matrimonio (especialmente, cc. 1055-1057; 1134-1136). El análisis de estos cánones nos lleva a la conclusión de que ahí se encuentran ciertamente las bases de un *estatuto del matrimonio y de la familia en el Derecho Canónico*, que el propio Código desarrolla en otros lugares.

Respecto a la función del matrimonio y de la familia en la estructura de la Iglesia tiene especial interés y significación el c. 226 § 1: «Quienes, según su propia vocación, viven en el estado matrimonial, tienen el peculiar deber de trabajar en la edificación del pueblo de Dios a través del matrimonio y de la familia». De acuerdo con este canon, el Pueblo de Dios, que está constituido como Cuerpo de Cristo y Templo del Espíritu Santo, posee una estructura propia, a modo de un edificio, que ha de ser construido por todos los fieles cristianos; en esta norma, dirigida a los fieles unidos en matrimonio –en la Iglesia latina este estado es propio de los laicos, y por eso este canon se refiere solo a ellos, pero en la Iglesia Católica de rito Oriental esta norma sería válida también para los clérigos, salvo el Episcopado– se les recuerda su deber de contribuir de manera específica y diferenciada, de acuerdo con su vocación, a esa edificación de la Iglesia. De ahí ese papel estructurante que corresponde al matrimonio sacramento y a la familia en la estructura Constitucional de la Iglesia.

En esa misma línea, el c. 226 § 2 se refiere a los fieles en cuanto padres, y recuerda el «gravísimo deber y derecho de educar a los hijos», y en particular, les recuerda que ese deber se refiere en primer lugar a «procurar la educación cristiana de sus hijos según la doctrina enseñada por la Iglesia»[7].

Así pues, en los principios contenidos en este canon se encuentran esbozadas las líneas maestras de lo que significa la participación de los fieles, en cuanto

6. Sobre los principios de igualdad y de diversidad o variedad puede verse Hervada, J., *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, Pamplona 1987, 48-54.

7. Vid. sobre el canon 226 el comentario de E. Caparrós, en AA.VV., *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, II, Pamplona 1996, 174-179.

cónyuges y en cuanto padres, en el triple «*munus sanctificandi, docendi et regendi*» de Cristo. Ahí se encuentra también una base normativa que formaliza el papel del matrimonio y de la familia en la estructura fundamental de la Iglesia.

2. Hacia un Derecho Canónico de la familia

Los derechos y obligaciones Constitucionales de los fieles en cuanto cónyuges y en cuanto padres, fundamentados en el Sacramento del Matrimonio, son ejercidos ante todo en el seno de la comunidad conyugal y familiar, pero también ante toda la Iglesia. No en vano la comunidad familiar es una dimensión de la Iglesia, en cuanto «*communio fidelium*». El desarrollo normativo y organizativo de esos derechos corresponde a la Autoridad Eclesiástica competente (en primer lugar, en el ejercicio de su potestad legislativa), de manera que los fines y funciones importantísimos que se le encomiendan a la familia, también en el seno de la Iglesia, puedan llevarse a cabo de la manera más adecuada. La consecuencia ha de ser la formación de un Derecho Matrimonial y de un Derecho de Familia en el ámbito del Derecho Canónico. Se trata del Derecho correspondiente a la familia en cuanto «Iglesia Doméstica». Si la «Iglesia Doméstica» es una parte orgánica de la Iglesia que pertenece a su estructura fundamental, los derechos y deberes Constitucionales del matrimonio y de la familia se convierten en la base y fundamento del Derecho matrimonial y de familia de ahí derivados. ¿Existe ese Derecho matrimonial y de familia en el ordenamiento Canónico?

Ciñéndonos ahora exclusivamente al Código de Derecho Canónico, hay que decir que ese Derecho existe, aunque se encuentre disperso por diversos lugares. Habría que distinguir entre el Derecho matrimonial, por un lado, y el Derecho de familia, por otro.

Por lo que se refiere al *Derecho matrimonial*, no cabe duda acerca de su desarrollo normativo en el Código de Derecho Canónico. De él se trata especialmente en el libro IV, a propósito del Sacramento del Matrimonio. Teniendo en cuenta esa normativa, existe un desarrollo doctrinal que ha elaborado con gran precisión técnica toda una rama del Derecho Canónico, denominada Derecho Matrimonial.

Pero, por lo que se refiere al *Derecho de familia*, la cosa no es tan sencilla. En relación con esta materia, el desarrollo normativo existente se encuentra disperso por diversas partes del Código pero no existe todavía una doctrina canónica que haya sido capaz de elaborar la correspondiente rama del Derecho o algo equivalente. En las páginas que siguen quisiera esbozar un esquema de esa normativa codicial.

3. Familia y Organización Eclesiástica

La familia aparece en el Código como una parte orgánica de la Iglesia, integrada en la Organización Eclesiástica y en las estructuras propias de la Iglesia Particular, ordinariamente a través de la Parroquia.

Efectivamente, la estructura fundamental de la Iglesia está configurada como un «*Corpus Ecclesiarum*», integrado por las diferentes *Iglesias Particulares*. Estas Iglesias Particulares, constituidas principalmente por las Diócesis (c. 368), están centradas en torno a la Eucaristía; son, en efecto, porciones del Pueblo de Dios presididas por un Obispo que, con la cooperación del presbiterio, las reúne, por medio del Evangelio y la Eucaristía para que allí esté presente y actúe la Iglesia de Cristo una, santa, católica y apostólica (c. 369).

También las *parroquias*, como partes orgánicas de las Diócesis y de otras Iglesias particulares (c. 374 § 1), están centradas en torno a la Eucaristía y forman verdaderas comunidades eucarísticas de fieles (c. 528 § 2). Esta caracterización de la parroquia ante todo como comunidad eucarística no impide que, como comunidad de fieles, se encuentre también orgánicamente diferenciada, a la vez que enriquecida por diversos carismas e instituciones (piénsese, por ejemplo, en las asociaciones de fieles que pueden constituirse dentro de la parroquia)[8].

La *familia* tiene una particular importancia dentro de esa comunidad de fieles que es la parroquia. Los fieles que componen esa comunidad parroquial están ellos mismos, a su vez, integrados en familias. En este sentido, se puede hablar de la parroquia como de una comunidad compuesta normalmente por familias, en gran medida como una «comunidad de comunidades familiares». Son las diversas «Iglesias domésticas » cuyo fundamento es el Sacramento del Matrimonio[9].

En cuanto *Iglesia doméstica* integrada por los cónyuges unidos en matrimonio, y, eventualmente también por otros miembros, la familia es sujeto activo de vida cristiana que puede intervenir muy eficazmente en la construcción de la Iglesia.

8. Sobre la Organización Eclesiástica Universal y Particular, así como sobre las diversas circunscripciones y partes que la integran, puede verse Viana, A., *Organización del gobierno en la Iglesia*, Pamplona ²1997.

9. La Ex. Apostólica *Familiaris consortio* dedica páginas muy bellas a exponer la relación existente entre la familia y la Iglesia, concebida ésta también como «Familia de Dios». Refiriéndose a esa relación, dice: «El matrimonio y la familia cristiana edifican la Iglesia; en efecto, dentro de la familia la persona humana no solo es engendrada y progresivamente introducida, mediante la educación, en la comunidad humana, sino que mediante la regeneración por el bautismo y la educación en la fe, es introducida también en la familia de Dios, que es la Iglesia…

La Iglesia encuentra así en la familia, nacida del Sacramento, su cuna y el lugar donde puede actuar la propia inserción en las generaciones humanas, y éstas, a su vez, en la Iglesia». *Familiaris Consortio*, n. 15.

Como en los comienzos del cristianismo, la familia puede seguir siendo un foco activo de cristianización y de evangelización, y debe seguir siéndolo. A su vez, ha de ser también objeto privilegiado de la Pastoral de la Iglesia, que debe proporcionar a la familia toda la ayuda que necesita para la fecundidad de su vida cristiana.

Por tanto, la familia se manifiesta, a veces, como *sujeto agente* de la actividad apostólica y evangelizadora de la Iglesia y, otras veces, como *destinataria* de su acción pastoral[10]. Ambas facetas son objeto de regulación por parte del Código de Derecho Canónico, en el que la elaboración de un Derecho Canónico de Familia tiene su primer desarrollo normativo. Quisiera aludir a algunas normas codiciales donde se encuentra esbozado ese Derecho de Familia y trataré de hacerlo teniendo en cuenta las dos facetas antes mencionadas.

4. La familia como agente de evangelización y de actividad apostólica en la Iglesia

En cuanto agente de evangelización y de actividad apostólica, todos los miembros de la familia que estén bautizados y que sean fieles cristianos están llamados a participar en esa tarea[11]. El fundamento último se encuentra en el sacramento del Bautismo y, en su caso, en todos los Sacramentos de la Iniciación Cristiana. Por el Bautismo son hechos partícipes de la triple función sacerdotal, profética y real de Cristo, y son llamados a desempeñar la misión que Dios encomendó cumplir a la Iglesia en el mundo (c. 204 § 1). Pero, además, el Sacramento del Matrimonio capacita específicamente a los cónyuges, en cuanto cónyuges y en cuanto padres, a participar –dentro de la familia y a partir de la familia– en ese triple «*munus*» de Cristo. A eso están orientados los fines del matrimonio y, en concreto, los derechos y obligaciones esenciales que constituyen el contenido del vínculo conyugal. Teniendo en cuenta ese *triple «munus»*, aludiré a algunos lugares en los que el Código de Derecho Canónico se refiere a esas funciones propias de la familia[12].

10. A estos dos aspectos, se refiere también la *Familiaris consortio* y a ellos dedica una buena parte de su contenido. A la familia, como parte activa de la Iglesia, se refiere en su 3ª Parte, Apartado IV, dedicado a la «Participación en la vida y misión de la Iglesia» (nn. 49-64). A la familia como destinataria de la pastoral de la Iglesia, dedica el documento toda la Parte Cuarta: «Pastoral familiar: tiempo, estructuras, agentes y situaciones» (nn. 65-85).

11. Además, todos los miembros de la familia participan en la misión de la Iglesia no solo individualmente sino «según una modalidad comunitaria»: los cónyuges lo hacen «en cuanto pareja» y los padres e hijos «en cuanto familia». Cfr. *Familiaris consortio*, n. 50.

12. Esa sistemática de los «*tria munera Christi*» es la que utiliza *Familiaris consortio* para referirse a la participación y misión de la familia en la vida de la Iglesia, presentando a la familia como:

4.1. *En relación con el «munus docendi»*

Respecto al *munus docendi*, hay que destacar en primer lugar la «obligación gravísima y el Derecho primario» de los padres a cuidar en la medida de sus fuerzas de la *educación de la prole*, tanto física, social y cultural como moral y religiosa (c. 1136). Es consecuencia de uno de los fines esenciales del matrimonio (c. 1055); por haber transmitido la vida a sus hijos tienen ese Derecho–deber de educarlos y, en particular, de procurar en primer lugar la educación cristiana de sus hijos según la doctrina de la Iglesia (c. 226 § 2)[13].

El Código desarrolla las consecuencias jurídicas de este Derecho–deber en relación a la catequesis y a la educación católica de los hijos.

Por lo que se refiere a la *catequesis*, cuya importancia para la vida cristiana es evidente, se considera que a todos los miembros de la Iglesia, bajo la dirección de la legítima autoridad eclesiástica, les corresponde una particular solicitud por ella en la medida de sus posibilidades (c. 774 § 1). Pero se considera que son los padres, «antes que nadie», los que están obligados a formar a sus hijos en la fe y en la práctica de la vida cristiana, mediante la palabra y el ejemplo (c. 774 § 2). Congruentemente, el deber que corresponde a todos los pastores de almas de cuidar la catequesis del pueblo cristiano (c. 773), y en particular al párroco, tiene un carácter subsidiario y supletorio que ha de estar orientado a «promover y fomentar» ese deber de los padres en la «catequesis familiar» (c. 776).

Por lo que se refiere a la *educación católica*, el Código menciona la *obligación y el derecho* que los padres católicos tienen *de elegir* aquellos *medios e instituciones* mediante los cuales, según las circunstancias de cada lugar, puedan proveer mejor a la educación católica de los hijos (c. 793 § 1). Por otra parte, el legislador Canónico no se olvida de recordar también el Derecho de los padres a que la sociedad civil les proporcione las ayudas que necesiten para procurar a sus hijos una educación católica (c. 793 § 2).

Las normas canónicas establecen que, entre los medios para procurar esa educación, los fieles deben valorar especialmente *las escuelas*, que son consideradas como una ayuda primordial para los padres en el cumplimiento de su deber de educar (c. 796 § 1). El Derecho Canónico invita también a una estrecha cooperación de los padres con los maestros de las escuelas a las que confían la formación de sus hijos; los profesores deben escuchar de buen grado a los pa-

«1) Comunidad creyente y evangelizadora; 2) comunidad en diálogo con Dios; 3) comunidad al servicio del hombre». Ibídem.

13. En relación al c. 1136, puede verse Fornés, J., en AA.VV., *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico* III, cit., 1532-1534.

dres, cuyas asociaciones o reuniones deben organizarse y ser muy apreciadas (c. 796 § 2).

Por otra parte, para hacer posible en la práctica la libertad de los padres a elegir las escuelas más adecuadas para la educación de sus hijos, los fieles cristianos han de procurar que en la Sociedad civil se reconozca esa libertad y que, conforme a las exigencias de la justicia distributiva, sea protegida también con ayudas económicas (c. 797).

Finalmente, aunque los padres deben confiar la educación de sus hijos a las escuelas en que se imparte una educación católica, si esto no es posible, tienen la obligación de procurar que esa educación católica se organice fuera de las escuelas (c. 798). En la misma línea, todos los fieles han de esforzarse para que, en la sociedad civil, las leyes que regulan la formación de la juventud proporcionen también una educación religiosa y moral dentro de las escuelas según la conciencia de los padres (c. 799)[14].

4.2. *En relación con el «munus sanctificandi»*

Respecto al *munus sanctificandi*, el Código enumera la participación que corresponde a los diversos tipos de fieles –desde los obispos a los simples fieles– en la función santificadora de la Iglesia (c. 835). Mención aparte merecen los padres, a quienes se atribuye la misión de impregnar de espíritu cristiano la vida conyugal y la de procurar la educación cristiana de sus hijos (c. 835 § 4). Posteriormente, al referirse a cada *Sacramento* en particular, el Código de Derecho Canónico regula la función que corresponde especialmente a los padres en relación con la recepción de los Sacramentos por parte de los hijos.

Por lo que se refiere al *Bautismo*, los padres tienen la obligación de hacer que sus hijos sean bautizados en las primeras semanas; para ello, han de acudir cuanto antes –después del nacimiento o incluso antes– al párroco y pedirle el sacramento para su hijo, y prepararse debidamente (c. 867 § 1). Por otra parte, para la licitud del Bautismo se requiere el consentimiento de los padres, o al menos de uno de los dos (c. 8 6 8 § 1, 1.º). Además, los padres han de procurar que no se imponga al bautizando un nombre ajeno al sentir cristiano (c. 855). A los padres corresponde también la elección del padrino de Bautismo en el caso de hijos pequeños (c. 874 § 1, 1.º).

14. Para un comentario a estos cánones, vid. Fuentes, J. A., *Comentario a los cc. 773, 774 y 776*, en *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, III, cit., 129-146; Cito, D., *Comentario a los cc. 793, 796, 797, 798, 799*, en *Comentario Exegético…*, III, cit., 216-234.

En lo referente a la *Confirmación*, corresponde a los padres –junto a los pastores de almas, sobre todo los párrocos– procurar que los fieles se preparen bien para recibirlo, y que lo reciban en el tiempo oportuno (c. 890).

Respecto a los Sacramentos de la *Eucaristía* y de la *Penitencia*, los padres en primer lugar están obligados a procurar que los niños que han llegado al uso de razón se preparen convenientemente, y se alimenten cuanto antes del pan eucarístico; para ello habrán de acudir previamente a la Confesión sacramental (c. 914).

En relación al Sacramento de la *Unción de los enfermos*, los familiares del enfermo deben procurar que sea reconfortado en tiempo oportuno con este sacramento (c. 1001).

Respecto al Sacramento del *Matrimonio*, el Código se preocupa de que se den las condiciones para que puedan obtenerse sus frutos de santificación para los cónyuges. Para ello, recuerda que los fieles católicos aún no confirmados deben recibir el Sacramento de la Confirmación antes de ser admitidos al Matrimonio, si ello es posible sin dificultad grave (c. 1065 § 1). Además, para que reciban fructuosamente el sacramento del Matrimonio, recomienda encarecidamente a los contrayentes que acudan a los sacramentos de la Penitencia y de la Eucaristía (c. 1065 § 2). Por otra parte, al referirse a los efectos del Matrimonio, no se olvida de mencionar esa eficacia santificadora cuando recuerda que, en el matrimonio cristiano, los cónyuges son fortalecidos, y quedan como consagrados, por un Sacramento peculiar para los deberes y la dignidad de su estado (c. 1134).

Con relación a la ley de la *abstinencia* y a la ley del *ayuno*, el Código preceptúa la abstinencia a partir de los catorce años, y la del ayuno para todos los mayores de edad hasta que hayan cumplido los cincuenta y nueve años. Pero invita a los padres a cuidar de que también se formen en un auténtico espíritu de penitencia quienes, por no haber alcanzado la edad, no están obligados por la ley del ayuno o de la abstinencia (c. 1252).

Finalmente, habría que mencionar también las *consecuencias penales* que se derivan para los padres que no cuiden el deber fundamental del que venimos tratando Los padres que entregan a sus hijos para que sean bautizados o educados en una religión acatólica incurren en un delito canónico, y deben ser castigados con una censura u otra pena justa (c. 1366)[15].

15. El comentario a estos cánones puede verse en Tejero, E., *Comentario al c. 835*; Blanco, M., *Comentario a los cc. 855, 867, 868, 874*; Rincón, T., *Comentario al c. 890*; Zubert, B.W., *Comentario al c. 1001*; Gramunt, I., *Comentario al c. 1134*; Abad, J. A., *Comentario al c. 1252*; todos ellos en Aa. Vv., *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, III, cit.; Escrivá, J., *Comentario al c. 1366*, en Ibídem, vol. IV/1.

4.3. *En relación con el «munus regendi»*

Respecto al «*munus regendi*», habría que subrayar en primer lugar el *principio de igualdad* que fundamenta las relaciones jurídicas entre los cónyuges. El Código de Derecho Canónico establece una paridad de derechos y obligaciones entre los cónyuges respecto a todo aquello que pertenece al consorcio de la vida conyugal (c. 1135).

Esta igualdad jurídica entre los cónyuges se manifiesta en todo lo referente a la patria potestad de los padres con respecto a sus hijos –a la que después nos referimos–, pero también tiene otras expresiones en relación con la *condición canónica* de las personas. Así, por ejemplo, en relación con el domicilio o cuasidomicilio: en principio los cónyuges deben tener una residencia común pero, en caso de separación legítima o por otra causa justa, pueden tener un domicilio o cuasidomicilio propio (c. 104). Así mismo, en relación con el rito, los cónyuges conservan el rito que tenían antes de contraer matrimonio, pero cualquiera de ellos, al contraer matrimonio o durante el matrimonio, puede pasar a la Iglesia ritual autónoma a la que pertenece el otro cónyuge; una vez disuelto el matrimonio, puede volver libremente a la Iglesia latina (c. 112 § 1, 2.º).

El ejercicio del «*munus regendi*» en el ámbito del Derecho de familia está relacionado principalmente con la *patria potestad* de los padres sobre sus hijos. El Código dedica a esta materia una regulación específica. La norma general es que la persona menor de edad está sujeta a la potestad de los padres o tutores en el ejercicio de sus derechos, exceptuado el caso de aquellos que por ley divina o por el Derecho Canónico están exentos de aquella potestad (c. 98). Hay que tener en cuenta que en Derecho Canónico la mayoría de edad se consigue al haber cumplido dieciocho años (c. 97 § 1), y que quienes carecen habitualmente de uso de razón se equiparan a los infantes, es decir, al menor de edad antes de cumplir los siete años (c. 99 en relación con el c. 97 § 2). Diversas normas canónicas se refieren a la condición jurídica del menor en relación con el domicilio y cuasidomicilio de los padres (c. 105), en relación con la filiación adoptiva (c. 110), con el lugar de origen de los hijos (c. 111) y en su pertenencia al rito (c. 112). Por otra parte, en relación con el matrimonio de los menores de edad, sería ilícito asistir a ese matrimonio, sin licencia del ordinario del lugar, en el caso de que los padres lo ignorasen o se opusiesen razonablemente a ese matrimonio (c. 1071 § 1, 6.º)[16].

16. Véase el comentario de estos cánones en Fornés, J., *Comentario al c. 1135*; Fuenmayor, A., *Comentario a los cc. 97, 98, 99, 104, 105, 110, 111, 112*; en Ibídem, vol. I; Rincón, T., *Comentario al c. 1071*, en Ibídem, vol. III.

5. La familia como destinataria de la actividad pastoral de la Iglesia

Para que el matrimonio y la familia cristiana puedan cumplir las funciones que les corresponden en la edificación de la Iglesia, el Código de Derecho Canónico dedica también algunas de sus normas a regular lo que podríamos llamar *Pastoral familiar de la Iglesia*. Es evidente que la actividad pastoral de la Iglesia en relación con la familia puede ser muy amplia, e involucra en realidad a toda la «comunidad eclesiástica» (c. 1063) y, por tanto, a todos sus miembros e instituciones; incluso algunas de esas instituciones pueden tener como finalidad específica el apostolado familiar, o prestar una particular atención a una pastoral especializada sobre la familia[17]. En ese sentido, las normas del Código solo consideran el marco más común y general de la Pastoral de la Iglesia, aquel que se desarrolla en las estructuras pastorales *ordinarias y comunes*.

El canon 1063 establece los *principios generales* en esta materia, llenando una laguna existente en el Código de 1917. El legislador se dirige allí a todos los pastores de la Iglesia, y los invita a procurar que sea «la propia comunidad eclesiástica» quien preste a los fieles asistencia, para que «el estado matrimonial se mantenga en el espíritu cristiano y progrese hacia la perfección». Como antes señalaba, se trata de una tarea que corresponde a toda la Iglesia –a todos sus fieles e instituciones–, que los Pastores deben fomentar y promover.

El canon se refiere a cuatro aspectos que han de tenerse principalmente en cuenta: 1º) la *formación* que todos los fieles deben adquirir sobre el significado del matrimonio y sobre la tarea de los cónyuges y padres cristianos; formación que hay que proporcionar a través de la predicación, de la catequesis, e incluso con los medios de comunicación social. 2º) La preparación personal para contraer matrimonio dirigida a los *novios*. 3º) Cuidar que la *celebración litúrgica* del matrimonio ponga de manifiesto su significado sacramental, como signo del misterio de unidad y amor fecundo entre Cristo y la Iglesia. 4º) La ayuda que

17. La participación que las diversas personas e instituciones de la Iglesia tienen en la pastoral familiar es tratada específicamente por *Familiaris Consortio* bajo los apartados: 1) Estructuras de la pastoral familiar, 2) Agentes de la pastoral familiar. Entre las estructuras de la pastoral familiar menciona a la Diócesis y a la parroquia, a la propia familia, y a las diversas agrupaciones de fieles «en las que se manifiesta y se vive de algún modo el misterio de la Iglesia de Cristo. Por consiguiente, se han de reconocer y valorar –cada una según las características, finalidades, incidencias y métodos propios– las varias Comunidades eclesiales, grupos y movimientos comprometidos de distintas maneras, por títulos y a niveles diversos, en pastoral familiar». *Familiaris consortio*, nn. 70-72.

Entre los agentes de la pastoral familiar menciona a los Obispos y presbíteros, religiosos y religiosas laicos especializados, e, incluso de modo específico, menciona también a los agentes de Comunicación Social. Ibídem, nn. 73-76.

debe prestarse a los *cónyuges* ya unidos en matrimonio, para que su vida sea cada vez más santa y llegue a su plenitud en el ámbito de la familia.

Esta norma del Código obliga, por tanto, a desarrollar una pastoral orgánica sobre el matrimonio y la familia que comprenda a todos los sectores de la Iglesia, y se extienda a todas las fases y etapas de la vida de los fieles, antes y después de contraer matrimonio, aunque más particularmente se refiere a los novios y los ya casados y unidos en matrimonio.

Corresponde al *Ordinario del lugar* cuidar de que se organice debidamente esa asistencia pastoral, y para ello puede ser conveniente oír el parecer de hombres y mujeres de experiencia y competencia probadas (c. 1064). Se dibuja aquí un horizonte que constituye todo un reto para la pastoral de la familia en la Iglesia. Ello parece exigir una actividad pastoral articulada, que pide un indudable esfuerzo a la organización Eclesiástica y a las diversas estructuras que la componen[18].

El Código de Derecho Canónico se ocupa también de algunos aspectos de esa pastoral de la familia a la hora de regular las funciones de los *párrocos*. Entre las funciones que al párroco corresponden, se encuentran la de procurar la santidad de los fieles, moviéndoles a la oración «también en el seno de las familias» (c. 528 § 2). Para cumplir sus funciones el párroco ha de conocer a los fieles que se le encomiendan; y, para ello, «visitará las familias» participando en sus preocupaciones, angustias y dolores (c. 529). No hay que olvidar, finalmente, que a los párrocos se encomienda especialmente la asistencia a los matrimonios y la bendición nupcial (c. 530)[19].

6. Consideraciones finales

Al terminar estas páginas, soy consciente de no haber podido ofrecer en ellas más que un posible esquema de lo que podría servir para estructurar de algún modo ese sector del Ordenamiento Canónico que es el Derecho de Familia. Esta parte del Derecho Canónico ha de tener un carácter unitario, pues lo que se pretende es determinar la función que al Matrimonio y a la Familia corresponden en la edificación de la Iglesia. En este sentido, a diferencia del Derecho Civil de Familia –que forma parte más bien del Derecho privado–, el Derecho Canónico

18. Vid. Rincón, T., *Comentario a los cánones 1063-1064*, en AA.VV., *Comentario Exegético…*, cit., vol. III, 1102-1114.

19. Un comentario a estos cánones en Sánchez-Gil, A., *Comentario a los cánones 528-529-530*, Ibídem, vol. II, 1259-1267.

de Familia tiene más bien un carácter público. Por eso tiene también interés su conexión con la estructura fundamental de la Iglesia y con el Derecho Constitucional Canónico. Conviene partir de esas bases a la hora de desarrollar su contenido normativo, pues así se manifiesta más claramente su significación para todo el sistema jurídico de la Iglesia.

PARTE VII

DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO

1
EL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO COMO DISCIPLINA JURÍDICA*

Sumario: 1. Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico. 2. El nacimiento del Derecho Eclesiástico. La escuela racionalista y la escuela histórica. 3. La escuela dogmática italiana y los nuevos caminos del Derecho Eclesiástico. 4. Los grandes temas del Derecho Eclesiástico. 5. El Derecho Eclesiástico como Derecho específico. Su autonomía científica. 6. La unidad del sistema eclesiasticista. 7. El Derecho Eclesiástico futuro en un estado democrático y pluralista. 8. El Derecho Eclesiástico del Estado español.

1. Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico

La enseñanza de la *disciplina «Derecho Canónico» en la Facultad de Derecho* ha sido acompañada tradicionalmente de una explicación del Derecho concordatario, a la que, especialmente, en época más reciente, se ha ido uniendo la exposición, al menos elemental, de las nociones y elementos fundamentales del Derecho Eclesiástico español. Con los últimos cambios habidos en nuestra legislación a partir de la Constitución de 1978, esa exposición del Derecho Eclesiástico se ha hecho aún más necesaria. Las razones son evidentes y basta hacer alusión a algunas de ellas.

En primer lugar, el tratamiento que la *Constitución española* hace de la materia religiosa significa la existencia de unos principios y situaciones jurídicas fundamentales que, una vez desarrollados por la normativa ordinaria en el sentido en que ya se ha hecho, han dado lugar a la existencia también de un *Derecho especial,* que exige un estudio separado de las restantes ramas del ordenamiento. En defecto todavía de una disciplina jurídica autónoma que se ocupe de su tratamiento, las *cátedras de Derecho Canónico* son, por tradición y por parentesco

(*) Publicado en Ius Canonicum XXIII 46 (1983) 713-751.

ratione materiae, aquellas a las que corresponde ocuparse del *Derecho estatal sobre el factor religioso*[1].

En segundo lugar, los principios Constitucionales consagrados por nuestra reciente Constitución suponen también una innovación respecto a los de las Leyes Fundamentales del anterior régimen político. A los efectos que ahora nos interesan, habría que destacar la sustitución del principio de Confesionalidad del Estado por el *principio de no confesionalidad o de laicidad*, lo cual incide no solamente sobre la legislación vinculada a la Constitución como Norma Fundamental del Estado, sino también, al menos indirectamente, sobre otras esferas de la vida social y cultural, que reciben una distinta motivación como consecuencia de un cambio legislativo tan decisivo. Los motivos que fundamentan la enseñanza del Derecho Canónico en la Facultad de Derecho no pueden ser, pues, de *naturaleza confesional* (en el supuesto de que en otras circunstancias lo fuesen), sino que han de basarse en otras razones más congruentes con las nuevas circunstancias socio–políticas y legislativas.

A parte de las razones de naturaleza confesional que en otros momentos pudieron ser determinantes, los Manuales de Derecho Canónico suelen aportar en sus lecciones introductorias los *motivos justificativos de la presencia del Derecho Canónico* en los planes de estudio de las Facultades de Derecho[2]. Se habla así, de motivos de índole histórica en relación con nuestra tradición nacional (la influencia del Derecho Canónico en la evolución del Derecho en general y del

1. Lombardía, P., El Derecho Eclesiástico, en el volumen colectivo, *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, Pamplona 1980, 28. Como escribe Lombardía «en España existió durante el siglo XIX en las Universidades una materia denominada *Disciplina eclesiástica*, que dio ocasión a que se publicaran algunos libros estimables en los que, según las modas de la época, se trataba del Derecho del Estado relativo a la materia religiosa, junto al Derecho procedente de fuentes eclesiásticas particulares de España. Al desaparecer esta disciplina de los planes de estudio, la consideración científica del Derecho relativo a la vida religiosa apenas si ha tenido otras posibilidades de desarrollo que las que le ofrecían las Cátedras de Derecho Canónico que existen en las Facultades de Derecho, pese a que el objeto de estudio específico de estas cátedras es el ordenamiento jurídico de la Iglesia Católica.

En las cátedras de Derecho Canónico aun cuando se ha aceptado plenamente, en el campo científico, la neta distinción *ratione fontis* entre Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico, se va imponiendo la tradición de incluir en los cursos una parte dedicada a las cuestiones fundamentales del Derecho Eclesiástico Español. De este modo, las cátedras de Derecho Canónico tienden a ocuparse, no sólo de un concreto ordenamiento jurídico confesional –tan importante para la cultura jurídica occidental como el Derecho Canónico–, sino también de la incidencia del factor religioso en las diversas facetas de la experiencia jurídica, considerada en su conjunto. Esta solución, surgida de la sensibilidad de los docentes, marca el camino hacia lo que sería la solución más adecuada: el establecimiento en nuestras Universidades de enseñanzas de Derecho Eclesiástico, autónomas tanto del Derecho Canónico como de las demás ramas del Derecho del Estado».

2. Véase, por ejemplo, el Manual de Catedráticos Españoles, *Derecho Canónico*, I, Pamplona 1974, 68-71.

Derecho español en particular), de índole social (la importancia de la Iglesia Católica en la sociedad española), de índole jurídica (el interés, en sí mismo considerado, del ordenamiento Canónico para la formación de la mentalidad jurídica), etc. De entre otras razones que podrían añadirse, me interesa subrayar las que derivan precisamente *del propio Derecho Eclesiástico español,* dado que el principio Constitucional de cooperación con la Iglesia Católica se ha instrumentado mediante los Acuerdos parciales con la Santa Sede y mediante una legislación que de ellos deriva, para cuyo cabal conocimiento es sin duda imprescindible el estudio del Derecho Canónico.

Por tanto, también la exposición del Derecho Canónico que no quiera ignorar las nuevas circunstancias está de algún modo condicionada por la existencia del nuevo Derecho Eclesiástico español, que señalará aquellas instituciones canónicas de especial interés para un futuro jurista cuyo principal objeto de estudio es el Derecho del Estado. El conocimiento del Derecho Eclesiástico permite ver estas dos cosas: a) la necesidad del estudio del Derecho Canónico, como *presupuesto* para el propio conocimiento del Derecho Eclesiástico estatal. b) Aquellas instituciones canónicas cuyo estudio puede ser más interesante para el jurista secular[3].

Lo cual quiere decir, en otras palabras, que tanto el estudio del Derecho Canónico como el estudio del Derecho Eclesiástico *se coimplican* mutuamente, y ello justifica, *hic et nunc,* la explicación de cada disciplina por referencia a la otra, aunque se entienda, como entendemos nosotros, que se trata de *dos Ciencias y disciplinas autónomas,* dotadas de método propio, cuyo estudio, investigación y exposición debe hacerse por separado[4].

En las páginas que siguen vamos a tratar del Derecho Eclesiástico. Procuraremos mostrar la autonomía y principios básicos de esta disciplina, y la necesidad de su estudio y exposición en lo que se refiere al Derecho Eclesiástico español.

3. Ambos aspectos estuvieron muy presentes en los planteamientos metodológicos de los eclesiasticistas italianos cuando el estudio del Derecho Canónico fue «recuperado» en las Universidades de aquel país, después de haber desaparecido de los planes de estudio. La necesidad de su reaparición estuvo motivada precisamente por exigencias del propio Derecho Eclesiástico del Estado. Un estudio de las vicisitudes y evolución de estas dos disciplinas en la Universidad italiana se encuentra en DE LA HERA, A., *La ciencia del Derecho Eclesiástico en Italia,* en *El fenómeno religioso en España*, Madrid 1972, 77-115.

4. La mutua autonomía de estas dos disciplinas deriva del hecho de tener por objeto dos categorías distintas de ordenamiento jurídico, el confesional y el estatal, tal como apunta D'AVACK, P. A., *Trattato di Diritto Ecclesiastico italiano,* Milano [2]1978, 5-11.

2. El nacimiento del Derecho Eclesiástico. La escuela racionalista y la escuela histórica

Para comprender la existencia del Derecho Eclesiástico como orden jurídico y como Ciencia, es necesario situar su estudio en el *marco histórico de las relaciones Iglesia-Estado.*

Como es sabido, el principio que ha presidido las relaciones entre la Iglesia Católica y las diversas formas de regímenes políticos es el así llamado *principio del dualismo cristiano.* La evolución histórica muestra las diversas vicisitudes por las que los modos de entender este principio han atravesado, pero en todas ellas aparece siempre como algo permanente la existencia de dos campos o esferas distintas de la actividad humana, cuya competencia se atribuyen la sociedad civil y la sociedad eclesiástica. Ambas sociedades aparecen configuradas también mediante un orden jurídico que, entre otras cosas, sirve como instrumento para delimitar las propias competencias, repartiéndose los diversos ámbitos y esferas de actividad de acuerdo con los principios por ambas aceptados. *Hasta finales de la Edad Media* puede decirse que este estado de cosas se había ido consolidando, de tal manera que, hasta ese momento, *Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico* venían a ser *sinónimos de Derecho de la Iglesia,* única potestad a la que correspondía en principio la regulación de las actividades religiosas de la Cristiandad[5].

Tal estado de cosas comienza a cuartearse como consecuencia del triunfo de las *ideas religiosas protestantes,* que encuentran su definitiva consolidación en 1648 con la firma de la *paz de Westfalia.* Este tratado, además de acabar con las guerras de religión que habían inquietado durante tantos años a algunas naciones europeas, consagra el principio *cuius regio eius et religio,* que supone el asentamiento del Protestantismo en aquellas regiones cuyo Príncipe era partidario de esa religión. El triunfo de las ideas protestantes en algunos países supuso también el de sus nuevos planteamientos acerca de las relaciones entre Estado y religión. El concepto espiritualista de la Iglesia que el Protestantismo trae consigo lleva a enajenar la soberanía jurídica sobre la actividad exterior de la sociedad, incluida la sociedad religiosa, poniéndola en manos de la autoridad civil. Los monarcas y príncipes civiles se convierten así en la única instancia competente para regular jurídicamente todas las materias, incluidas las eclesiásticas. Entre los juristas protestantes *aparece así el Derecho Eclesiástico,* como un Derecho procedente del poder civil y *distinto del Derecho Canónico,* que es referido más bien a la Iglesia medieval, e identificado con el Derecho de las Decretales[6].

5. Vid. de Luca, L., *Diritto Ecclesiastico ed esperienza giuridica,* Milano 1970, 34.
6. Ibídem, 9.

Con ello quedan puestas las bases para la existencia de un Derecho Eclesiástico de naturaleza civil, cuyo estudio e investigación puede ser objeto también de una *nueva Ciencia,* distinta de la Ciencia Canónica[7].

Como ha puesto de relieve *De Luca,* la aparición del Derecho Eclesiástico como Ciencia está muy vinculada a la *Escuela racionalista del Derecho Natural,* y más concretamente a la Escuela que se formó en la *Universidad de Halle*[8]. La Facultad de Derecho de esta Universidad está dominada en la primera mitad del siglo XVII por la figura de un destacado representante del Iusnaturalismo racionalista, que se dedicó también al cultivo del Derecho Eclesiástico, el jurista (que fue también filósofo y teólogo) *Christian Tomasio,* cuyas opiniones en algunas materias causaron un cierto impacto en su época e influyeron en la evolución de la Ciencia jurídica posterior.

A Tomasio se atribuye la distinción entre orden moral y orden jurídico, basada en la dimensión interior y exterior de la actividad humana. Según él, mientras la moralidad se refiere a la interioridad, el Derecho regula la actividad externa del hombre, que requiere además la intersubjetividad y la posibilidad de la coacción. De acuerdo con sus ideas protestantes, de carácter pietista, la esfera interior de la conciencia no puede ser objeto de restricción alguna por parte de la autoridad y del Derecho, aunque sobre ella pueda incidir la enseñanza moral de la Iglesia, concebida como comunidad espiritual y de culto, sin competencia en el ámbito de lo jurídico. A la autoridad civil le corresponde, en cambio, la regulación de la actividad externa de la sociedad, por medio de normas jurídicas dotadas de coacción que, en cuanto tales, no pueden extenderse a la esfera interior.

Este planteamiento permite a Tomasio responder negativamente a la cuestión del carácter delictivo de la herejía (en su disputa *an haeresis sit crimen),* basándose en que el juicio sobre la verdad religiosa se mueve en la esfera interior de la conciencia y, por tanto, no puede ser objeto de sanción penal. Lo cual le lleva a *defender la tolerancia y la libertad religiosa, considerando al Estado incompe-*

7. Para un estudio de la evolución del Derecho Eclesiástico como Ciencia pueden verse los siguientes trabajos: de Luca, L., *Il concetto del diritto ecclesiastico nel suo sviluppo storico,* Padova 1946; *Diritto eclesiastico ed esperienza giuridica,* cit.; Finocchiaro, F., *Antiche e recenti prospettive di studio del diritto ecclesiastico,* Il Diritto Ecclesiastico 71, 1 (1960) 233-258; Catalano, G., *La problematica del diritto ecclesiastico ai tempi di Francesco Scaduto e ai giorni nostri,* Ibídem, 76, 1 (1965) 20-57; de la Hera, A., *La Ciencia del Derecho Eclesiástico en Italia. Notas para su recepción en España,* cit.; Ferrari, S., *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano. Manuali e riviste (1929-1979),* Milano 1979; Varios, *Derecho Eclesiástico del Estado español,* Pamplona 1980, 131-151; Vitali, E., *Legislatio libertatis e prospettazioni sociologiche nella recente dottrina ecclesiasticistica,* Il Diritto Ecclesiastico 91 (1980) 24-68. Aa. Vv.; *Storia e dogmatica nella scienza del diritto ecclesiastico,* Milano 1982.

8. *Vid*. de Luca, L., *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica,* cit., 10-19.

tente para ordenar los actos internos con su ordenamiento jurídico y sus facultades punitivas[9].

La reivindicación de la libertad de pensamiento, de conciencia y religión que Tomasio lleva a cabo en su obra, se completa después en la Escuela de Halle por la elaboración de una concepción racionalista de la religión y de la Iglesia, consideradas desde la *perspectiva de la ley natural.* El Derecho Natural pasa a convertirse así en el fundamento del Derecho Eclesiástico, y surge entonces la *Ciencia del Derecho Eclesiástico natural,* a partir de un método deductivo que pretende elaborar un sistema completo del Derecho Eclesiástico, basado en puras deducciones racionales que habrán de tener perenne validez. La unidad del sistema de Derecho Eclesiástico viene dada por razón del *objeto* (Derecho referente a la regulación de la virtud de la religión y de las comunidades religiosas en sus manifestaciones externas), y en realidad también por razón de la *fuente,* puesto que la fuente principal de este Derecho de fundamentación iusnaturalista es la *razón,* y de modo inmediato la *autoridad civil,* que sería la única competente para establecer normas jurídicas en el fuero externo[10]. Sería necesario el advenimiento de la Escuela Histórica para que al Derecho Eclesiástico le fuesen reconocidas una pluralidad de fuentes, al incluir en su estudio al propio Derecho Canónico.

También habría que matizar que el planteamiento monista de las fuentes del Derecho Eclesiástico en esta época es más bien propio de los juristas protestantes (nos hemos referido a la Escuela de Halle, cuyos representantes lo son), pues es *distinto el planteamiento entre los juristas católicos,* que no podían dejar de reconocer la existencia de un Derecho Canónico junto a los derechos *circa sacra* de la autoridad civil, en un momento de vigencia del jurisdiccionalismo y del regalismo católico. Piénsese, por ejemplo, en la *Escuela de Wurzburgo,* que coincide con la Escuela de Halle en la fundamentación iusnaturalista del Derecho, pero distingue *diversidad de fuentes,* canónicas y civiles, a la hora de considerar el Derecho positivo. Se trata, en efecto, de matices que es preciso tener en cuenta, aunque sea innegable el *común fundamento iusnaturalista* y racionalista que, como patrimonio de una época, caracterizaba a todas estas escuelas y direcciones de la doctrina jurídica, cualquiera que fuese su concepción a cerca del Derecho Canónico y del Derecho Eclesiástico, o a cerca de la unidad o pluralidad de fuentes a la hora de regular las materias religiosas.

La aplicación de los métodos de la *Escuela Histórica* al Derecho Eclesiástico permitió individuar mejor que lo había hecho el Racionalismo la complejidad de

9. Sobre Tomasio, vid., Fasso, G., *Storia della filosofia del diritto*, II, Bologna [2]1972, 245-254.
10. *Vid*. de Luca, L., oc., 19-20.

fuentes que inciden sobre las materias religiosas y eclesiásticas. La unidad de la disciplina se basa ahora exclusivamente sobre su objeto de estudio, pues tanto el estudio de la evolución histórica del Derecho Eclesiástico como el estudio del Derecho vigente muestra que es preciso distinguir una *pluralidad de fuentes,* eclesiásticas unas y estatales otras, integrantes todas ellas de la regulación del factor religioso y de su vivencia comunitaria en las distintas confesiones cristianas que se habían ido formando desde la aparición del Protestantismo. En el caso de Alemania, país en el que se encuentran los grandes representantes de la Escuela Histórica y del Derecho Eclesiástico en el siglo XIX, el pluralismo de las fuentes se reconduce a tres centros principales: *la Iglesia Católica, la Iglesia Evangélica y el Estado.* Los tratados de *Kirchenrecht* comprenden, pues, el Derecho Eclesiástico de los diversos períodos históricos, agrupados en torno a esos tres grandes centros de producción jurídica, formando un extenso sistema de Derecho cuya unidad deriva *ratione materiae*[11].

El triunfo de la *codificación alemana* supuso un duro golpe para los métodos de la Escuela Histórica. En el caso del Derecho Eclesiástico, la conferencia de Bonn pronunciada por *Stuz* en 1905, propugnando la *separación entre Historia y Dogmática,* señala un hito significativo que permitirá la elaboración de un sistema de Derecho Eclesiástico sobre bases nuevas. Sin embargo no todo el mundo aceptó esa separación propugnada por Stuz, y durante unos años la Ciencia del Derecho Eclesiástico estuvo sometida a un forcejeo entre los representantes de una y otra tendencia, hasta que fue imponiéndose, finalmente, el *estudio preferentemente dogmático del Derecho Eclesiástico*[12].

Esta disputa metodológica se refleja con gran claridad en *Italia,* país en el que desde finales del siglo pasado encuentra un gran arraigo el cultivo del Derecho Eclesiástico. La Italia del *Risorgimento* era efectivamente un terreno abonado para que arraigase la semilla que tantos frutos habla producido en Alemania, y desde donde fue traída por uno de los juristas italianos que pasan por fundadores de la Ciencia en su país de origen: *Francesco Ruffini.* Conseguida la unidad nacional en 1870, cuando las tropas de Garibaldi penetran en Roma y conquistan definitivamente para el Estado italiano a los Estados Pontificios, la consolidación de esta unidad coloca al Estado italiano en una posición de enfrentamiento con la Iglesia, que sólo se zanjará posteriormente con la firma de los Pactos de Letrán en 1929. El Derecho Eclesiástico se convierte entonces en un instrumento para

11. Ibídem, 22-32.

12. El paso desde la Escuela Histórica al positivismo jurídico y al normativismo en Derecho Eclesiástico puede verse en de Luca, L., cit., 45-62.

reivindicar los derechos del Estado frente a la Iglesia, y aparece teñido de un matiz anticlerical que suele caracterizar también a sus cultivadores en ese momento, casi todos ellos de *ideología liberal* e identificados con los objetivos antivaticanos del movimiento «risorgimentista».

En este clima político de cierta tensión entre Iglesia y Estado se va fraguando la Ciencia del Derecho Eclesiástico, trasplantado de Alemania por *Ruffini*, y cultivado por él en Italia siguiendo el método de la Escuela Histórica. *Ruffini* representa para el Derecho Eclesiástico italiano dos cosas:

a) El cultivo de esta Ciencia según la *Metodología histórica,* a la que fue fiel hasta el final de sus días, y en la que formó a algunos discípulos que, como *Jemolo,* conservarían hasta nuestros días ese gusto por el planteamiento de los problemas dogmáticos desde una perspectiva histórica, y se mantendrían siempre muy atentos a la consideración de la evolución de las instituciones, aunque aceptasen ya, por pertenecer a otra época en la que se había impuesto en todas partes el método dogmático, la nueva metodología jurídica.

b) La consideración de la *libertad religiosa* como un Derecho subjetivo público, cuyo estudio convierte al Derecho Eclesiástico en una rama jurídica centrada sobre la *legislatio libertatis,* que tiene en la libertad religiosa su piedra de toque, concebida, como lo hace *Jemolo,* como la primera de las libertades. En este sentido, aunque esta línea del Derecho Eclesiástico se perderá con la Italia de Mussolini, Ruffini se convierte en un precursor de preocupaciones que renacerán posteriormente en la segunda mitad del siglo XX.

La otra línea del Derecho Eclesiástico italiano está representada por *Francesco Scaduto,* en el que triunfa lo que *De Luca* ha llamado la *concepción dualista del Derecho Eclesiástico*[13]. Es decir, aquella dirección metodológica que, aceptando la separación entre Historia y Dogmática, entiende por Derecho Eclesiástico exclusivamente al Derecho del Estado sobre materias religiosas, y se interesa por el Derecho Canónico solamente en cuanto sus normas se encuentran reconocidas por el Derecho estatal. Desde el punto de vista científico y didáctico, esta concepción eclesiasticista es partidaria del cultivo por separado de ambas ramas del ordenamiento jurídico, por tratarse efectivamente de dos sistemas diferentes de Derecho.

Este es el planteamiento que cuaja definitivamente en Italia a partir de *Del Giudice,* de acuerdo con las bases que le proporciona la teoría de *Santi Romano* sobre la pluralidad de ordenamientos jurídicos.

Es sabido también cómo la Italia de Mussolini y de los Pactos de Letrán proporciona el marco socio–político ideal para que esta dirección metodológica se

13. de Luca, L., *Il concetto del diritto ecclesiastico nel suo sviluppo storico,* cit., 123-129.

consolide y el Derecho Eclesiástico se convierta principalmente en un estudio de las relaciones entre los dos ordenamientos jurídicos concordados, es decir, de las relaciones institucionales entre la Iglesia y el Estado[14].

3. La Escuela Dogmática italiana y los nuevos caminos del Derecho Eclesiástico

Con la Escuela Dogmática italiana, cuyos principales maestros se remontan a los nombres de *Del Giudice, Falca y Jemolo,* la Ciencia del Derecho Eclesiástico alcanza un notable grado de desarrollo, cuyas líneas principales interesa conocer por la influencia que han tenido en la actual Ciencia del Derecho Eclesiástico español. Para nuestro propósito bastará solamente con hacer alusión a algunos aspectos de su evolución y de su situación actual[15].

La etapa inicial del Derecho Eclesiástico italiano está marcada por la doble dirección metodológica que suponía el magisterio de los dos autores a los que acabamos de referirnos: Ruffini y Scaduto. Hemos aludido a la influencia de los *Pactos de Letrán* para que terminara imponiéndose la línea metodológica de Scaduto. Por ello, a partir de los Pactos entre la Santa Sede y el gobierno italiano firmados en 1929, puede decirse que comienza una *segunda etapa* para la Ciencia del Derecho Eclesiástico italiano, centrada en torno al estudio de las *relaciones entre ordenamiento canónico y civil.* Desde el punto de vista eclesiasticista, el ordenamiento Canónico es estudiado sólo en cuanto tiene relevancia en el Derecho del Estado, pues otro hecho decisivo de esta etapa se produce en 1936, cuando se restaura la enseñanza del Derecho Canónico y del Derecho Eclesiástico del Estado como *disciplinas autónomas* en las Facultades de Derecho. Ello permitirá investigar y enseñar ambos ordenamientos por separado, y contribuirá indirectamente a la consolidación del Derecho Eclesiástico como una disciplina autónoma, dotada de método y Dogmática propia.

Las bases doctrinales para desarrollar esta dirección metodológica del Derecho Eclesiástico la proporciona la doctrina de la pluralidad de ordenamientos

14. Sobre el influjo de Scaduto y Ruffini en la Escuela italiana, vid. de la Hera, A., *La Ciencia del Derecho Eclesiástico en Italia,* cit., 80-86.

15. Sobre la Escuela italiana de Derecho Eclesiástico y su posible recepción en el Derecho Eclesiástico español, véase en particular el citado trabajo de la Hera, A., *La Ciencia del Derecho Eclesiástico en Italia. Notas para su recepción en España,* cit. Sobre la Escuela italiana, en general, véase también el estudio de Lombardía, P., en *Derecho Eclesiástico del Estado español,* cit., 136-145; de Luca, L., *Il concetto del diritto ecclesiastico nel suo sviluppo storico,* cit., 123-155; *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica,* cit., 108-115; Ferrari, S., *Ideología e dogmática nel diritto ecclesiastico italiano,* cit.

jurídicos de *Santi Romano,* asumida por el Magisterio de *Del Giudice* en sus lecciones de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico.

Es interesante señalar cómo las dificultades que encontraba el tratamiento de la libertad en un régimen político de carácter totalitario como era el Fascista, llevó a los juristas italianos interesados en el Derecho Eclesiástico y Canónico a sentir un particular interés por el estudio e investigación de este último, con el mismo método dogmático con que estudiaban el Derecho Eclesiástico; de este modo, con frecuencia los mismos autores se turnaban en la investigación y didáctica de ambas disciplinas, cosa que dio lugar a una fecunda influencia mutua, aunque con el contrapunto negativo de la común *fundamentación positivista y formalista* que privaba en la época.

La promulgación de la *Constitución italiana de* 1948, que rompía con el anterior régimen político sustituyéndolo por un régimen democrático, no supuso sin embargo una ruptura en el régimen de las relaciones Iglesia–Estado, puesto que la situación concordataria de 1929 fue Constitucionalizada en el art. 7 de la nueva Constitución. De ahí que, aunque en la nueva Constitución se encontraban ya las bases para construir un Derecho Eclesiástico distinto, tal tarea no se llevó a cabo hasta unos años más tarde (final de la década de los 50), Y continuó todavía por el momento un Derecho Eclesiástico centrado sobre las relaciones institucionales de ambos ordenamientos.

La que pudiera considerarse *tercera etapa* del Derecho Eclesiástico italiano comienza, pues, a finales de los 50 cuando pasan al primer plano de los estudios eclesiasticistas los *problemas de la libertad e igualdad en materia religiosa.* En este aspecto suele considerarse momento significativo de la inflexión metodológica el llamado *«manifiesto» de De Luca,* para aludir a la llamada de atención que este autor hace sobre los *intereses religiosos de la persona como centro de orientación* del nuevo Derecho Eclesiástico[16]. Con ello se recupera de nuevo la línea señalada por *Ruffini*, e interrumpida después de él, que colocaba los problemas de la libertad religiosa en el centro de la temática eclesiasticista.

Sin embargo, esta vuelta al tema de la libertad religiosa basada en el estudio de la Constitución, sólo aparentemente reanuda la línea marcada por *Ruffini*. Los presupuestos liberales de los que partía este autor son muy distintos de los nuevos principios inspiradores de la Constitución italiana, en la que encontra-

16. Ferrari califica de «manifiesto» los varios escritos de De Luca, en los que este autor expone su programa metodológico. Vid. Ferrari, S., *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano,* cit., 96-99. En este mismo libro de Ferrari, especialmente interesante por los datos que proporciona sobre personas y escritos bibliográficos de todo tipo, se encuentra también una caracterización de estas varias etapas a las que aludimos en el texto. Vid. cit., 27-45.

ban también cabida otras motivaciones, producto de las diversas fuerzas políticas que intervinieron en su elaboración. Por ello, junto a la preocupación por el Derecho subjetivo de libertad religiosa (que encontraba su fundamento en el art. 19), está también presente la preocupación por el tema de la igualdad, cuyo fundamento está en el art. 3 de la Constitución. Una muestra de esta incipiente preocupación por las *relaciones entre libertad e igualdad en materia religiosa,* que a partir de ahora irá *in crescendo* en el Derecho Eclesiástico italiano, es la excelente monografía de *Finocchiaro* sobre la igualdad jurídica y el factor religioso, publicada en 1958[17].

Las nuevas líneas temáticas se centran, pues, en el estudio de la Constitución, dando lugar a una *visión Constitucionalista* del Derecho Eclesiástico italiano, que tendrá sus ventajas e inconvenientes. *Ventajas,* en cuanto que permite una visión más moderna del Derecho Eclesiástico, sin renunciar al planteamiento técnico-jurídico, que había sido característico de la etapa anterior, y que encuentra en el análisis e interpretación de los textos Constitucionales un importante fundamento de Derecho positivo; la riqueza temática de la Constitución italiana en relación con el factor religioso no es nada despreciable, y permite plantear interesantes problemas hermenéuticos.

Pero esta visión Constitucionalista tiene también sus *inconvenientes,* en cuanto que no permite librarse totalmente del positivismo que caracteriza al Derecho Eclesiástico de la etapa anterior, y en cuanto que circunscribe un tanto obsesivamente la temática del Derecho Eclesiástico a la problemática interna del Derecho italiano, haciéndole perder la mejor perspectiva que encontraría con una mayor atención a los problemas del Derecho Internacional y del Derecho Comparado[18]. En este sentido, por ejemplo, los problemas que plantea la revisión del Concordato, y la compatibilidad entre los artículos 7 y 8 de la Constitución con aquellos otros en los que se regula la libertad y la igualdad en una sociedad democrática y pluralista como lo es la de la Italia actual, ha gastado muchas energías de los eclesiasticistas italianos, excesivamente polarizados en una temática en la que las cuestiones técnico–jurídicas suelen estar mezcladas con otras de índole ideológica, no exentas de un apasionamiento que puede resultar perturbador para las exigencias del rigor científico.

17. Finocchiaro, F., *Uguaglianza giuridica e fattore religioso,* Milano 1958.

18. Para Lombardía, esta visión constitucionalista del Derecho Eclesiástico, en la que ha recaído gran parte de la doctrina italiana, constituye un obstáculo para un desarrollo actual de la disciplina. El citado autor subraya especialmente la necesidad de tener más en cuenta al Derecho Internacional al tutelar la libertad religiosa. Vid. *Il rapporto tra diritto canonico e diritto ecclesiastico,* en *Storia e dogmatica nella scienza del Diritto Ecclesiastico,* Milano 1982, 71-92.

Las motivaciones de los eclesiasticistas italianos de época más reciente han ido aflorando a partir de la década de los 70, marcando un hito significativo el *Congreso celebrado en Siena* en 1972, en el que están presentes, junto a algunas de las preocupaciones antes aludidas sobre la revisión del Concordato, nuevos planteamientos acerca de las relaciones libertad–igualdad en materia religiosa, que pretenden integrar en la temática del Derecho Eclesiástico los problemas que plantea el ateísmo[19]. Todo ello visto también desde una óptica preferentemente Constitucionalista, aunque no faltan los intentos de ampliar las perspectivas a los horizontes del Derecho Internacional y Comparado[20].

Con respecto a la función del Derecho Eclesiástico italiano de cara al futuro, algunos autores, como *D'Avack,* piensan que la firma de un nuevo Concordato dará lugar a una fase transitoria, todavía concordataria, en la que los eclesiasticistas tendrán que ir preparando el terreno a una legislación unilateral del Estado, que tratará de sustituir un sistema de relaciones Iglesia–Estado que, como el Concordatario, parece destinado a extinguirse en el futuro[21].

En este sentido, otros autores buscan nuevas vías para el Derecho Eclesiástico. Ahí está el ensayo de *Lariccia* sobre los derechos civiles y el factor religioso[22], tan distinto de aquellos estudios preferentemente técnico–jurídicos sobre las re-

19. Las ponencias y comunicaciones a este Congreso se contienen en el volumen *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico,* Milano 1973.

20. . En el campo del Derecho Internacional, ha publicado una monografía sobre el tema el Prof. Margiotta Broglio, F., *La protezione internazionale della libertà religiosa nella convenzione europea dei diritti dell'uomo,* Milano 1967. Más recientemente, el citado autor volvió a llamar la atención sobre la cuestión, en su intervención oral en la reunión celebrada en Siena los días 27-29 de noviembre de 1980, para el estudio del tema «Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica». Respecto al Derecho Eclesiástico Comparado está el planteamiento metodológico de Mirabelli, C., *Premesse allo studio del diritto ecclesiastico comparato,* Milano 1978. Y además existen ya abundantes estudios sobre el Derecho Eclesiástico en los diversos países; vid. Aa. Vv., *Il separatismo nella giurisprudenza degli Stati Uniti,* Milano 1968; Onida, F., *Uguaglianza e libertà religiosa nel separatismo statunitense,* Milano 1970; Codevilla, G., *Stato e Chiesa nell'Unione Sovietica,* Milano 1972; Barberini, G., *Stato socialista e confessioni religiose,* Milano 1973; Talamanca, A., *Politica e legislazione ecclesiastica in Austria, Germania e Italia negli anni tra le due guerre mondiali: paralelismi, differenziazioni e prospettive di studio emersi in un recente colloquio italo-austro-tedesco,* Il Diritto Ecclesiastico 85 (1974) 349 y ss.; Aa. Vv., *Studi sul giurisdizionalismo pluriconfessionista nell'ordinamento canadesse,* Milano 1973; Governatori Renzone, L., *La separazione tra Stato e Chiese in Francia e la tutela degli interesi religiosi,* Milano 1977; Codevilla, G., *Le comunità religiose nell'URSS. La nuova legislazione sovietica,* Milano 1978; Dente, G., *La religione nelle costituzioni europee vigenti,* Milano1980. Para una ampliación de la bibliografía puede verse Lariccia, S., *Diritto ecclesiastico italiano e comparato. Bibliografia 1973-1979,* Perugia-Firenze 1981; ID. *Diritto Ecclesiastico,* Padova 1982 (2.a ed.), 484-491.

21. D'Avack, P. A., *Trattato di diritto ecclesiastico italiano,* cit., 44-45; *Il Diritto Ecclesiastico e le sue prospettive,* Il Diritto Ecclesiastico (1978) 525-535.

22. Lariccia, S., *Diritti civili e fattore religioso,* Bologna, 1978. El autor ha procurado incorporar toda esa temática en la 2ª ed. de su Manual de Derecho Eclesiástico (especialmente, en el cap. VIII). Vid. *Diritto Ecclesiastico,* Padova 1982.

laciones entre ordenamiento civil y Canónico, sustituidos ahora por un intento de abrir nuevos caminos a un Derecho Eclesiástico que puede resultar menos aburrido que el de otra época, pero peligrosamente escorado hacia una especie de sociología del Derecho, de motivación religiosa, en la que puede quedar diluido el método jurídico, tan depuradamente usado en otros momentos de la Eclesiasticística representada por los maestros de la nueva generación[23].

En otra línea, quizá pudiera resultar demasiado dramática la búsqueda de la futura identidad del Derecho Eclesiástico que realiza *Vitale,* si no hubiera que decir en su descargo que a ello puede contribuir fuertemente la influencia de la situación interna del Derecho italiano, especialmente en relación con la polémica sobre el Concordato. Su diagnóstico sobre la crisis de identidad de la disciplina refleja más bien la crisis de la situación italiana, y su pronóstico de cara al futuro, refiriéndose a un Derecho Eclesiástico, no sólo de fuente unilateral, sino también sometido al Derecho común, vía por la que parece optar, no tiene quizá en cuenta el fracaso de otros intentos anteriores en favor de esa solución, ante la resistencia de la Iglesia y demás Confesiones religiosas a someterse a la legislación común[24].

Por el contrario, una concepción del pluralismo que diese mayor juego a las sociedades y grupos intermedios, dirección hacia la que apunta la actual *democracia pluralista,* parece que sería más bien favorable al reconocimiento de la identidad de todos los grupos sociales distintos del Estado, incluidas también las confesiones religiosas; lo cual jugaría también en favor de una *regulación específica,* e incluso pactada, de tales grupos. En esta línea parecen apuntar las páginas de *Mirabelli* dedicadas al pluralismo democrático y al papel de las confesiones religiosas, a partir de una concepción del Derecho Eclesiástico centrada

23. Con razón afirma *Barillaro,* en su recensión crítica al libro de Lariccia, que «*in qualche punto la cronaca sembra prenda il sopravvento sulla costruzione sistematica*». Sin embargo, lo considera un trabajo interesante y da la razón: «*Lo é perché esce dallo schema usuale con cui sono stati i problemi a sfondo religioso che incidono sulla società; diremmo anzi che mentre nella visione tradizionale del cultore di diritto ecclesiastico quel che viene in evidenza sono i rapporti tra Stato e confessioni religiose, in Lariccia la preminenza é data al fattore religioso in sé e per come esso insiste nell'ambito sociale: ne resulta che il campo di azione si amplifica a dismisura, fino al punto che é difficile fissare certi criteri validi per ogni aspetto del fenomeno, cosí come é impossibile ignorare «la cronaca», poiché sono i «fatti» quelli che mostrano l'incidenza della religione nella trama del tessuto sociale*», Il Diritto Ecclesiastico (1979) 299.

24. Las ideas de Vitale en torno al Derecho Eclesiástico han sido expuestas en dos libros sucesivos, que se presentan como continuación el uno de1otro: *Il Diritto Ecclesiastico,* Milano 1978; *Ordinamento giuridico e interessi religiosi,* Milano 1979.

En el primero de ellos se dedica principalmente a diagnosticar la actual situación del Derecho Eclesiástico, tras la crisis del planteamiento tradicional de las relaciones Iglesia–Estado concebidas como relaciones entre ordenamientos. En el segundo, trata de atisbar y sugerir posibles vías para un nuevo planteamiento del Derecho Eclesiástico.

en los derechos de la persona, en su dimensión individual y colectiva; páginas que nos parecen más en consonancia con una perspectiva eclesiasticista más abierta al *Derecho comparado,* y menos condicionada por el Derecho interno que las de su ilustre colega antes citado[25].

4. Los grandes temas del Derecho Eclesiástico

En las páginas anteriores nos hemos referido al nacimiento y evolución del Derecho Eclesiástico en cuanto Ciencia. Ni que decir tiene que la posibilidad de una Ciencia del Derecho Eclesiástico está relacionada evidentemente con la existencia de una *materia* que se hace *objeto de conocimiento* e investigación. En nuestro caso tal materia aparece cuando, como consecuencia de la tensión dialéctica entre Iglesia y Estado a lo largo de los diversos períodos históricos, se va decantando una *legislación civil sobre materias eclesiásticas,* que encuentra su mejor caldo de cultivo, como hemos señalado ya, en la *concepción protestante* sobre la Iglesia como Iglesia interior e invisible, que lleva a ceder a la autoridad civil la soberanía sobre la conducta externa de los miembros de la comunidad religiosa. Tal situación se consolida con la paz de Westfalia, mediante la consagración del principio de Confesionalidad del Estado, vinculado entonces a la religión practicada por el Príncipe.

En los *países católicos,* sobre bases distintas, se da una situación paralela de Confesionalidad y de legislación eclesiástica del Estado, como consecuencia de *los príncipes regalistas y jurisdiccionalistas* de las monarquías absolutas que se consolidaron en la Edad Moderna. Una diferencia sustancial será que en los países católicos, al conservar la Iglesia su identidad como *societas* externa con su propio ordenamiento jurídico y su unidad en tomo a Roma, las relaciones Iglesia Estado serán preferentemente institucionales, y adoptarán la fórmula del *Concordato* para resolver pacíficamente sus conflictos de competencia.

Desde este momento, pues, el *Derecho Concordatario* pasa a ser el eje del Derecho Eclesiástico en países católicos, teniendo un lugar más secundario los problemas que plantea la tolerancia de los cultos disidentes. El *principio de confesionalidad del Estado,* instrumentado a través de los Concordatos, y el *principio de tolerancia,* informarán la legislación civil sobre materias eclesiásticas del *Estado Católico,* y el propio Magisterio de la Iglesia alentará esta fórmula como base

25. Me refiero especialmente a las páginas que este autor dedica a la incidencia que la pertenencia a una Confesión religiosa tiene sobre el *status* de las personas físicas, de cara al ordenamiento jurídico. Vid. Mirabelli, C., *L'apparteneza confessionale,* Padova 1975. El interés de Mirabelli por el Derecho comparado se manifiesta en su libro: *Premesse allo studio del diritto ecclesiastico comparato,* cit.

de las relaciones Iglesia–Estado[26]. Esta formulación llega hasta nuestros días, y encontró en el *Concordato español de* 1953 un reflejo paradigmático, entrando en crisis con la promulgación de la Declaración Conciliar *Dignitatis humanae* sobre la libertad religiosa.

La otra línea que poco a poco irá integrándose en la temática de la Ciencia del Derecho Eclesiástico tiene un origen histórico posterior, aunque después se convirtiera en objeto primordial de la temática eclesiasticista. Me refiero al *tema de la libertad religiosa.* También hemos aludido antes al momento de su aparición, a través de la Escuela de Derecho Eclesiástico natural de la Universidad de Halle, hasta que fue tomando carta de naturaleza en los tratados de *Kirchenrecht.*

En la configuración de la *libertad religiosa* como un *Derecho subjetivo público,* declarado en las diversas Constituciones que fueron elaborándose desde finales del XVIII en adelante, tuvieron decisiva influencia las *dos concepciones* que triunfaron, respectivamente, con la *Independencia de los Estados Unidos de América* y con la *Revolución francesa.* Ambas concepciones, que expresan indudablemente una diversa actitud ante esa libertad fundamental, se desarrollarán principalmente en las áreas de la respectiva influencia de las Constituciones norteamericana y francesa; por tanto, en el área de influencia del *Common law* y en el área de influencia del sistema jurídico continental de corte francés.

Sin embargo, puesto que se partía de una base común de defensa de la libertad individual, en una materia que había sido origen de frecuentes conflictos, en lo que al respeto de esa libertad se refiere, la tradición norteamericana y francesa fueron influyéndose mutuamente, y terminaron por confluir en las *Declaraciones Internacionales de derechos Humanos* que a lo largo del siglo XX fueron surgiendo, y de las que es expresión más significativa la *Declaración de la ONU de* 1948. Esta Declaración, que ha servido de base para otros tratados internacionales posteriores, coloca el tema de la libertad religiosa en una *perspectiva de Derecho Internacional,* que la Ciencia del Derecho Eclesiástico tiene que esforzarse por integrar, junto a la otra perspectiva más clásica basada en el Derecho Constitucional, como fundamento del tratamiento jurídico del Derecho público subjetivo de libertad religiosa[27].

26. Como es sabido, esta fórmula de confesionalidad del Estado y de tolerancia es la propuesta como ideal por el Derecho Público Eclesiástico hasta el Vaticano II y es también la sugerida por el Magisterio de la Iglesia, especialmente desde la época de León XIII. Vid. por ejemplo, Martín Martínez, I., *Doctrina católica actual sobre las relaciones entre la Iglesia y el Estado,* en el volumen de Catedráticos españoles *Derecho Canónico I,* cit., 283-347.

27. Sobre la evolución del derecho subjetivo de libertad religiosa desde las declaraciones de derechos de finales del XVIII (Constituciones norteamericana y francesa) hasta la tutela actual por el Derecho Internacional, pueden verse las páginas de Lombardía, P., en *Derecho Eclesiástico del Estado*

Junto al tema de la libertad religiosa, y como complemento suyo, hay que colocar el tema de la *igualdad.* En este punto también se ha producido una evolución, como consecuencia de la diversa actitud de las ideologías y de los sistemas políticos en torno a la cuestión. Es sabido que para el sistema político liberal la igualdad es concebida de un *modo formal,* que encuentra en el principio de igualdad de todos ante la ley su expresión más significativa. Mientras que otras corrientes, entre las cuales se encuentran las de influencia socialista, han puesto de manifiesto la necesidad de llegar a una *igualdad real y efectiva,* que termine de hecho con las discriminaciones y no solamente en los términos de un formalismo legal. Por lo que al tema de la igualdad religiosa se refiere, estas corrientes que postulan la igualdad real han ido descubriendo diversos aspectos que quizá no habían sido tenidos en cuenta por el Derecho Eclesiástico anterior, y que plantean nuevos e interesantes problemas a esta Ciencia, como pueden ser los relativos a las *relaciones entre libertad e igualdad* en materia religiosa, la búsqueda de un criterio de igualdad entre las *diversas confesiones* que tenga en cuenta las circunstancias reales de la sociedad, la cuestión del *ateísmo,* etc,[28].

Las materias que acabamos a señalar, y que se han ido incorporando sucesivamente a la temática del Derecho Eclesiástico, puede decirse que son los *grandes ejes* en tomo a los cuales gira hoy la disciplina. Aunque el orden histórico por el que han aparecido es el que hemos indicado, el orden sistemático y lógico que suelen adoptar los tratados de Derecho Eclesiástico las coloca en otra posición, pues es sabido cómo el *tema de la libertad religiosa y su correlato de la igualdad* es concebido más bien como un *presupuesto,* que encuentra su fundamento en el Derecho Constitucional de libertad e igualdad en materia religiosa (me refiero, claro es, a los países democráticos, en los que se encuentran reconocidos los

español, cit., 74-81; 95-104. Vid. también, Barillaro, D., *Società civile e società religiosa. Dalla Riforma alla Restaurazione,* Milano 1978, cit., 57-96.

28. A estas materias han prestado una especial atención los eclesiasticistas italianos, sobre todo desde el cambio de orientación que experimentó el planteamiento de la disciplina del Derecho Eclesiástico, a finales de la década de los 50. Vid. Catalano, G., *Il diritto de libertà religiosa,* Milano, 1957; Finocchiaro, F., *Uguaglianza giuridica e fattore religioso,* cit.; Rava, A., *Contributo allo studio dei diritti individuali e collettivi di libertà religiosa nella costituzione italiana,* Milano 1959; Fedele, P., *La libertà religiosa,* Milano 1962; D'Avack, P. A., *Il problema storico–giuridico della libertà religiosa,* Roma 1965-1967; *Libertà religiosa e diritto ecclesiastico,* «Enciclopedia del diritto» 1974; Giacchi, O., *Signiftcato e sviluppo della libertà religiosa,* Iustitia (1966); Caron, P. G., *Libertà e uguaglianza religiosa nell'art. 20 della Costituzione italiana,* Rivista de diritto matrimoniale 9 (1967) 381-415; de Luca, L., *Il diritto de libertà religiosa* Padova 1969; Finocchiaro, F., *Libertà religiosa ed uguaglianza delle confessioni religiose nello Stato democratico,* Milano 1973; Aa. Vv., *Individuo, gruppi, confessione religiose nello stato democratico,* Milano 1973; Mirabelli, C., *L'appartenenza confessionale,* cit.; Aa.Vv., *Teoría e prassi delta libertà de religione,* Bologna 1975; Finocchiaro, F., *Confessioni religiose e libertà religiosa nella Costituzione* (art. 7-8 e 19-20), Bologna 1976; Lariccia, S., *Diritti civile e fattore religioso,* Bologna 1978.

derechos y libertades fundamentales); mientras que el *tema de las relaciones institucionales entre ordenamientos* aparece más bien en segundo lugar, por referirse a una cuestión más concreta, que en cierto modo depende del modo en que se conciban los principios de libertad e igualdad religiosas.

Otro tema, también decisivo desde el punto de vista del sistema de Derecho Eclesiástico, es el de la *calificación del Estado* en relación con su actitud ante la religión en general, o ante una confesión religiosa en particular, según adopte una calificación confesional o no, o asuma una actitud en pro o en contra de la religión, de incompetencia y neutralidad, etc.; es indudable que esta calificación del Estado puede condicionar su modo de entender los principios de libertad e igualdad en materia religiosa, o la forma de concebir sus relaciones con las distintas confesiones.

5. El Derecho Eclesiástico como Derecho específico. Su autonomía científica

Así las cosas, la materia propia del Derecho Eclesiástico en cuanto ciencia se ha ido decantando hacia aquella esfera del ordenamiento jurídico del Estado que tiene por objeto la regulación del factor religioso en sus manifestaciones externas, sean individuales o sociales e institucionales. Con ello estaríamos haciendo referencia solamente a lo que constituye el *objeto material* de esta Ciencia: la *regulación jurídica del factor religioso.*

Todavía quedaría por determinar lo que especifica al Derecho Eclesiástico en relación con otras ramas del ordenamiento jurídico, que también podrían hacer objeto de su normativa alguna manifestación de lo religioso. En este sentido, la *perspectiva formal propia* de la Ciencia Eclesiasticista, en la que suele fundarse su legitimidad y autonomía como rama jurídica, reside en la consideración del orden jurídico acerca de lo religioso de un modo específico, es decir, como objeto de un *Derecho especial,* que contempla la materia religiosa *qua talis,* en su peculiar naturaleza religiosa[29].

29. Esta diferencia fue advertida ya por Del Giudice en un antiguo escrito en que se planteaba la autonomía del Derecho Eclesiástico, en cuanto Ciencia, basándose tanto en criterios materiales como formales. Según Del Giudice, «*l'esisteza di un fenomeno religioso sociale é condicione necesaria, e al tempo stesso sufficiente, perche si abbia una regolamentazione giuridica a sua riguardo; ma avvertimmo anche che la rilevanza di un tale fenomeno può essere, e non é gia assolutamente, la differenza specifica che individui il "diritto ecclesiastico" tra le altre scienze giuridiche: val quanto dire, che la regolamentazione giuridica di quel fenomeno può non giungere a costituire, in un dato ordinamento giuridico, un «diritto ecclesiastico …*

La condizione necessaria e sufficiente, adumque, per l'esistenza di un "diritto –ecclesiastico" é data, non tanto dalla caratterizacione materiale del fenomeno religioso tra il groviglio dei fenomeni sociali, cuí il diritto

Efectivamente, la consideración del Derecho Eclesiástico como un Derecho especial es la formalidad característica de la Ciencia que tratamos. Ello significa que un ordenamiento jurídico en el cual las materias religiosas estuviesen sometidas a la *legislación común* le haría perder al Derecho Eclesiástico su formalidad más típica. Cabría preguntarse todavía si en ese supuesto estaría legitimado el Derecho Eclesiástico como rama autónoma del ordenamiento. La respuesta no tiene por qué ser negativa, pues cabría también una división por ramas siguiendo un criterio meramente material, atendiendo, por ejemplo, a la extensión de la materia o a su especial interés. Pero es indudable que los criterios más especificantes de las diversas ramas jurídicas tienen naturaleza formal y en ellos se basan los diversos grados de autonomía entre las ciencias y ramas de las ciencias.

La regulación específica del factor religioso, tanto en sus formas individuales como en sus manifestaciones sociales e institucionales, ha sido consecuencia del *fracaso* de aquellas experiencias jurídicas que han pretendido *ignorar la peculiaridad de estas manifestaciones* de la vida humana y social. Así, por ejemplo, los intentos de someter las confesiones religiosas y sus entidades a la legislación común de asociaciones y fundaciones no han logrado tener éxito, ni siquiera en aquellos países donde se practica una estricta separación Iglesia–Estado, como pueden ser Francia o los Estados Unidos de América. Ante todo, habría que dudar, en el caso de Francia, de que la figura de las «asociaciones de culto» fuese una institución sometida a la legislación común, y lo mismo habría que pensar de ciertas figuras típicas que adoptan las instituciones y entidades religiosas en los Estados Unidos de América; pero en el supuesto de que considerásemos esa normativa como de Derecho común, existe una Jurisprudencia específica del Consejo de Estado francés o del Tribunal Supremo de Norteamérica, que difícilmente puede entenderse si se prescinde de la peculiar problemática que plantean las manifestaciones del hecho religioso[30].

intende a regolare, quanto dal fatto che la specificità del fenomeno sociale dia luego a una identica specificazione nel campo giuridico». del Giudice, V., *Il diritto ecclesiastico in senso moderno. Definizione e sistema,* Roma 1915, 65-66 y 73, respectivamente.

El carácter específico del Derecho eclesiástico es subrayado también por otros autores, entre los cuales, vid. Gismondi, P., *L'autonomía scientifica del diritto ecclesiastico,* «Annali dell'Universita di Macerata», 17, 1948, 89-125; *Lezioni di diritto ecclesiastica,* Milano [3]1975, 9 y ss.; Spinelli, L., *Diritto ecclesiastico,* Torino 1976, 12-15; D'Avack, P. A., *Trattato di diritto ecclesiatico italiano,* cit., 13-16.

Entre nosotros, han tratado de la cuestión, en el mismo sentido, Benárdez y Lombardía. Vid. Bernárdez, A., *Problemas generales del Derecho Eclesiástico del Estado,* en *El fenómeno religioso en España. Aspectos jurídico-políticos*, cit., 19-73; Lombardía, P., y otros autores, *Derecho Eclesiástico del Estado español,* cit., 27-31.

30. Sobre el sistema de separación Iglesia–Estado en Francia, vid. Gobernatore Renzoni, L., *La separazione tra Stato* e *Chiese in Francia* e *la tutela degli interessi religiosi,* cit. Sobre el separatismo en los

De otra parte, *tampoco las confesiones religiosas se sienten cómodas* cuando el Derecho del Estado pretende imponerles determinados modelos jurídicos, cuya aplicación puede suponer para ellas el riesgo de hacerles perder su identidad como tales confesiones religiosas. Ello les lleva a reclamar y a reivindicar continuamente, no cualquier tipo de libertad religiosa, sino aquella que reconozca su *papel específico en la sociedad,* como grupos con una *naturaleza peculiar* y no hay que olvidar que esa reivindicación puede tener una gran importancia social y política que explica la disposición favorable de muchos Estados a reconocer el fenómeno religioso en su característica identidad. Incluso en aquellos Estados y regímenes políticos en los que la religión es mirada con hostilidad o es abiertamente perseguida, existe una legislación específica del Estado a la hora de establecer los supuestos y sanciones correspondientes, prueba inequívoca de la tipicidad de las manifestaciones de lo religioso[31].

Por ello no resultan demasiado convincentes las argumentaciones en favor de una *posible pérdida de la identidad del Derecho Eclesiástico,* en vista de un hipotético sometimiento de los factores religiosos al Derecho común, que algún autor ha querido pronosticar para el futuro[32]. Tal planteamiento no parece tener en

Estados Unidos de América, vid. Capponi, N. – Missir, L. A. – Onida, F. – Parlato, V., *Il separatismo nella giurisprudenza degli Stati Uniti,* cit.

31. Sobre la regulación de la religión en la URSS y en los países de influencia soviética vid. Codevilla, G., *Stato* e *Chiesa néll'Unione Sovietica,* cit.; *Le comunita religiose nell'URSS. La nuova legislazione sovietica,* cit., Barberini, G., *Stati socialisti* e *confessioni religiose,* cit.

32. Nos referimos a las previsiones con las cuales concluye Vitale su estudio sobre la situación crítica en que se encuentra el Derecho Eclesiástico, según las cuales «*il Diritto Ecclésiastico viene pertanto a trovarsi in una delicata alternativa:* o *continua ad occuparsi di quei settori che, per essere stati nel passato, o in seguito a contrattazione* o *per unilaterale iniziativa dello Stato, identificati con una disciplina specifica attinente al loro carattere religioso, consentono di azzardare una visione sistematica, che pero diventa gravemente fuorviante in quanto ignora* e *fa ignorare altri settori carenti, si, di disciplina specifica, ma che rivestono una importanza fondamentale per la comunita religiosa,* e *la assumono, ad un certo punto della storia, anche per la comunità civile; oppure deve occuparsi anche di questi altri settori, ma allora deve non solo trasformarsi nei contenuti, ma anche rinnegarsi nel suo stesso nome, giacché non sembra serio continuare ad adottare una denominazione che evoca normative specifiche, laddove di ben altro si tratta, e cioé della tensione verso l'autorealizzazione di un grandioso progetto religioso, che soltanto un malinteso illuminismo potrebbe credere di inacalare in peculiari norme giuridiche*». Vitale, A., *Il Diritto Ecclesiastico,* cit., 191.

Según Vitale, la elección de la primera alternativa conduciría a un futuro muy negro para el Derecho Eclesiástico: «*Quand'anche, insomma permanga in una consistente misura la sua base indispensabile costituita da un diritto speciale, é destinato ad essercitare un ruolo marginale rispetto ai piú gravi ed urgente problemi che cercano la loro soluzione al di fuori dei suoi ormai consunti schemi*». Ibídem, 191. En contra de esta opinión, De Luca se muestra más optimista respecto al futuro del Derecho Eclesiástico, concebido como un derecho específico y no absorbido por el derecho común; así acaba su estudio sobre la situación actual del Derecho Eclesiástico: «*Non direi invece sia nelle previsioni reali una riduzione del fattore religioso sotto gli schemi generali di altri ambiti per cui lo Stato sociale dimostra un interesse diretto: la cultura o la libertà di opinione, l'asistenza, la beneficenza; che la regolamentazione del fattore religioso cioé sia affidata al diritto comune.*

cuenta los factores reales antes aducidos que, si son ciertos, llevarán más bien al establecimiento de un Derecho específico que tenga en cuenta la importancia e influencia social del factor religioso, individual e institucional, de modo semejante –y por poner un ejemplo que pudiera ilustrar en paralelo lo que se pretende subrayar– a como la importancia e influencia social de los Sindicatos justifican un Derecho laboral y sindical que regule los conflictos que pueden surgir entre ellos y el Estado.

6. La unidad del sistema eclesiasticista

Si se acepta esta caracterización formal del Derecho Eclesiástico como un Derecho específico sobre la materia religiosa, no cabe objetar contra la autonomía de esta rama jurídica la existencia de *otras ramas* del ordenamiento jurídico que también se ocupan de la materia religiosa y eclesiástica. Es evidente que casi todos los sectores del orden jurídico hacen objeto de su regulación las materias religiosas y, en este sentido, cabría hablar de un *Derecho Internacional Eclesiástico,* de un *Derecho Constitucional Eclesiástico,* de un *Derecho Administrativo Eclesiástico,* etc., y así sucesivamente podríamos ir calificando casi todos los sectores y ramas, tanto del Derecho público como del Derecho privado. Pero es también evidente que la calificación de «Eclesiástico» para cada una de esas partes del ordenamiento jurídico sólo puede hacerse atendiendo a un punto de vista material, pues si esas partes se consideran como ramas científicas, cada una de ellas considerará la materia religiosa desde el punto de vista formal que le compete en cuanto rama específica de la Ciencia Jurídica, es decir, como Derecho Internacional, o como Derecho Constitucional, o como Derecho Penal, etc.

Como la doctrina eclesiasticista ha puesto de manifiesto, la unidad del sistema de Derecho Eclesiástico no procede de su formalización en un *único código jurídico,* que fuese la fuente básica a la que se acudiese como principal objeto de estudio e investigación[33]. Desde este punto de vista tampoco existirían otras

Il volto attuale del diritto ecclesiastico, anzi, lascia intravedere una sempre piú estesa rilevanza del fattore religioso anche se, stranamente, questo fenomeno abbia a verificarsi in un momento storico in cui é stata rilevata una decadenza del sacro, una diffusione della non credenza e della secolarizzazione». Cfr. De Luca, L., *Il Diritto Ecclesiastico oggi,* en *Storia* e *dogmatica nella scienza del Diritto Ecclesiastico,* cit., 201.

33. Según Bernárdez, la autonomía legal supone «la existencia de un cuerpo legal unitario en que vengan sistematizados los preceptos referentes a la materia o relaciones jurídicas en cuestión o al menos la mayor parte de ellos; es decir, que la materia se encuentre codificada, sin perjuicio de que existan unas leyes especiales más o menos vinculadas a ese Código». Sin embargo, «la autonomía legal ni es condición necesaria para la autonomía científica y ni siquiera, por sí misma, suficiente». Bernárdez Cantón, A., *Problemas generales del Derecho Eclesiástico del Estado,* cit., 63.

ramas jurídicas con autonomía. La unidad del Derecho Eclesiástico no deriva de la existencia de una misma fuente o código en el que se hallen recopiladas sus normas, pues la adopción de este punto de vista como criterio para defender la unidad de una rama jurídica supone una visión normativista y formalista del orden jurídico hoy en día en trance de superación. La unidad del Derecho Eclesiástico reside más bien en la existencia de unos *principios jurídicos comunes,* que son informadores de todas sus normas, y criterios interpretativos y supletorios en la tarea de aplicar el Derecho y darle efectividad. Y es evidente que estos principios pueden hallarse recogidos en diversas fuentes, siendo tarea de la Ciencia Jurídica elaborarlos y justificarlos, y ponerlos en conexión con las diversas etapas del proceso de producción y aplicación del Derecho[34].

La *tarea de identificar y elaborar los principios* de una rama jurídica es importante, no sólo desde el punto de vista científico, en cuanto que son los ejes en tomo a los cuales gira un sistema de conocimientos, sino también desde el punto de vista de la aplicación del Derecho, en un momento en que, a la crisis del normativismo y formalismo jurídico, está sustituyendo paulatinamente una *Jurisprudencia de principios* en la que la consideración de éstos, en sí mismos y en sus consecuencias, ocupa el puesto principal. Por tanto, es tarea primordial de la doctrina jurídica ayudar a la Jurisprudencia en el hallazgo de los principios que rigen las diversas instituciones, y es tarea también necesaria para poner en ellos el fundamento que da unidad a las diversas ramas del Derecho, como sistemas científicos del conocimiento jurídico.

En el caso del Derecho Eclesiástico nos hemos referido ya a los temas que forman su contenido principal como Ciencia, así como a su génesis histórica, distinta del lugar sistemático que suelen ocupar en los diversos tratados. Por referencia a esos temas cabe hablar también de los *principios informadores del Derecho Eclesiástico,* según se entiendan la libertad e igualdad en materia religiosa, y la calificación del Estado desde el punto de vista de su actitud en relación con la religión (principio de confesionalidad, o de no confesionalidad e incompetencia en materia religiosa) y con las confesiones religiosas (principio de separación o

34. Refiriéndose a las normas que disciplinan las relaciones jurídicas de significación religiosa, afirma Bernárdez que «se puede descubrir en el conjunto de estas disposiciones una unidad fundamental, una conexión o interdependencia entre todas ellas, la inspiración en unos principios generales comunes. Todo ello concluye en la posibilidad de construir un sistema jurídico en que las diversas disposiciones integren institutos jurídicos informados por los principios generales que determinan las relaciones entre el ordenamiento estatal y la actividad religiosa de los súbditos. Unidad sistemática que puede cobrar especial consistencia cuando, existiendo relaciones positivas entre la Iglesia y el Estado en cuestión, el núcleo esencial de estas disposiciones se vincula estrechamente con el concordato y los Acuerdos con la Santa Sede». Ibídem, 67-68.

principio de unión, principio de cooperación, etc.). Tales principios pueden estar *Constitucionalizados* o *no,* y es tarea de la doctrina proceder a identificarlos en su naturaleza y fuente en que se hallen recogidos, así como en su operatividad y efectos, de acuerdo con las normas que los desarrollen[35].

El estudio de la naturaleza de los principios del Derecho Eclesiástico puede no ser tarea fácil, pues es preciso ponerlos en *relación con los restantes principios* del ordenamiento, y relacionarlos también *con toda la normativa concreta* que los desarrolla, y sólo así se logrará establecer su identidad y eficacia. De otro lado, es preciso conocer también *la función* que desempeñan, para evitar incurrir en equívocos y confusiones. Así, por ejemplo, *Hervada* ha hecho alusión a un posible equívoco en el que se incurre cuando se considera que el principio de libertad religiosa es suficiente para solucionar los problemas que plantean las relaciones Iglesia–Estado, pues ese principio es más bien un presupuesto que habrá que complementar con el juego de otros principios, específicamente dedicados a la regulación de las relaciones institucionales entre Estado e Iglesia[36].

Así, pues, el fundamento de la autonomía del Derecho Eclesiástico hay que ponerlo, de una parte, en la existencia de un *Derecho específico* que regule el factor religioso, y de otra, en la elaboración de los *principios informadores del sistema eclesiasticista,* tomando como base la existencia de ese Derecho específico. La

35. Viladrich, y otros, en *Derecho Eclesiástico del Estado Español,* cit., 245. Escribe Viladrich que «los principios informadores no lo son por ser principios "constitucionales" o contenidos en la Constitución, sino en rigor por su naturaleza de principios informadores. Dicho de otro modo, lo que les convierte en principios informadores es su naturaleza de expresar los valores superiores que como patrimonio solidario tiene y quiere el pueblo español en materia eclesiástica, y ello con independencia de que su formalización normativa tenga lugar en un texto legal de rango constitucional o bien acontezca a través de una disposición de rango inferior. Por tanto, en puridad, la Constitución es fuente principal, pero no exclusiva, de conocimiento de los principios informadores».

36. Hervada, J., *Sociedad plural y dimensión religiosa,* Ius Canonicum 38 (1979) 72. En realidad, para Hervada la libertad religiosa no es un principio sino un derecho subjetivo, con rango de derecho fundamental. He aquí su respuesta a la pregunta que se hace: «¿Qué es un principio informador? Un principio informador es una *directriz básica* de ordenación de la vida política y social. Parece, en consecuencia, claro que un derecho subjetivo no es un principio. La libertad de cultos o de conciencia no fue lógicamente entendida como principio (se refiere a la teoría liberal), sino como lo que es, un derecho subjetivo. En cambio, la directriz básica de las relaciones entre la Iglesia y el Estado se situó en la separación, que es el principio liberal de esas relaciones».

Más adelante, como conclusión de su estudio, establece cuáles son a su juicio los principios que, presupuesto el derecho de libertad religiosa, deben informar las relaciones Iglesia–Estado: «En una sociedad plural las relaciones entre la Iglesia y el Estado deben basarse en los principios de aconfesionalidad del Estado, mutua colaboración e incompetencia del Estado. Todo ello junto al postulado del reconocimiento de la libertad religiosa como un derecho fundamental de la persona y de las comunidades (lo que implica la actitud de positiva ayuda por parte del Estado), así como el reconocimiento de las comunidades en cuanto hecho social que dimana del ejercicio de la libertad religiosa ». Ibídem, 76.

elaboración de estos principios dará *unidad* a todo el sistema, y permitirá una ordenación de la materia que facilite su mejor conocimiento y aplicación[37].

Esta unidad sistemática será también compatible con la existencia de *diversas partes materiales,* según la naturaleza de las normas que regulen las materias que constituyen su objeto. Y en este sentido, puede hablarse de dos grandes sectores de normas y relaciones jurídicas referentes a materias eclesiásticas: *el Derecho público y el Derecho privado.* El carácter prevalentemente publicista del Derecho Eclesiástico está en relación con aquel tipo de materias que se refieren al *Derecho Internacional, Constitucional, Administrativo, Fiscal, Penal, etc.* Pero hay también materias cuya regulación corresponde al Derecho privado, entre las cuales hay que destacar siempre las referentes al *Derecho matrimonial y de familia,* en las que, a veces, puede no ser fácil delimitar lo correspondiente al Derecho Eclesiástico de lo correspondiente al *Derecho Civil de familia*[38].

7. El Derecho Eclesiástico futuro en un Estado democrático y pluralista

Después de haber tratado de las principales líneas de la evolución del Derecho Eclesiástico y de su situación actual en cuanto ciencia, podríamos plantearnos también cuál puede ser su *futuro,* refiriendo la pregunta al Derecho Eclesiástico considerado *como orden jurídico,* y considerado *como ciencia.* Como todo lo que se refiere al futuro es incierto, sólo cabe hacer pronósticos, más o menos fundados en Previsiones probables.

Para responder a esta pregunta, habría que plantearse también cuál será la *actitud del Estado futuro* ante la vivencia externa y social de la *religión,* en sus ma-

37. Estas son también las principales razones que aducen Bernárdez y Lombardía. Vid. Bernárdez, A., *Problemas generales…,* cit., 66-69; Lombardía, P., y otros: *Derecho Eclesiástico del Estado español,* cit. 27-31.

38. La diversidad de ramas jurídicas no supone una división en compartimientos estancos, sino que existe una interconexión entre ellas que es consecuencia de la superior unidad del sistema jurídico. Por ello, afirma D'Avack «*che la nostra disciplina effettivamente participa per molti dei suoi principi generali, dei suoi istituti specifici e delle sue singole norme di altri rami del diritto, e fuori contestazione. Ma, a ben considerato, siffatto stato di cose é un fenomeno comune a tutte indistintamente le diverse discipline giuridiche, quale naturale e necessaria conseguenza del fondamentale principio dell'unita del diritto. L'individuazione e distinzione infatti delle varie branche giuridiche é sempre meramente convenzionale e pertanto i diversi rami del diritto publico e privato non costituiscono già singoli compartimenti stagno ben delimitati net loro ambito e nei loro confini ed ermeticamente chiusi a ogni interferenza e influenza esterna. Al contrario essi si ripercuotono continuamente l'uno sull'altro, s'influenzano reciprocamente e reciprocamente presentano principi, elementi, istituti enorme comuni, che partecipano insieme dell'uno* e *dell'altro.*

Negare pertanto per tale motivo l'esistenza autonoma della nostra disciplina significherebbe negare automaticamente l'autonomia di ogni disciplina giuridica». D'Avack, P. A., *Trattato di diritto ecclesiastico italiano,* cit., 14.

nifestaciones individuales e institucionales. Cuestión que dependerá a su vez de cuál sea la *forma de Estado* que encuentre mejor acogida en las sociedades del futuro. Para simplificar la cuestión, cabría suponer que el Estado democrático y pluralista de las sociedades actuales más desarrolladas acabará imponiéndose como el régimen político preponderante en un futuro más o menos próximo.

Así las cosas, parece *característica esencial del moderno Estado democrático* el encontrar su fundamento en el *respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona humana* y de los derechos inviolables que le son inherentes. A su vez, el reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de la persona en una *sociedad pluralista* implica también parejo *reconocimiento de los grupos sociales,* en su naturaleza específica en cuanto grupos, como fruto de la libre asociación de los ciudadanos en la consecución de sus intereses, siempre que sean lícitos y compatibles con los intereses también lícitos de los demás.

Actualmente, el Estado democrático entiende ya que tales intereses han de ser protegidos, promoviendo la libertad e igualdad de personas y grupos en su consecución. En buena lógica, ello debiera significar también que el Estado reconoce que su posición con respecto a la persona y demás asociaciones lícitas por ella creadas es una posición subsidiaria, que no tiene sólo carácter negativo (tal como era entendida la función del Estad liberal), sino también positivo (de reconocimiento, promoción y garantía), y que supone unos límites a la propia actividad del Estado, en cuanto que ésta no agota toda la actividad social, ni puede suplantarla. Lo cual supone también una *revalorización de los grupos intermedios* que gestionan intereses sociales distintos de los del Estado[39].

Si éstos fuesen el modelo de Estado y el tipo de sociedad que prevaleciesen, se podría intentar responder a las preguntas que antes nos hacíamos. Como ocurre ya actualmente en los Estados democráticos, su actitud ante la religión no puede ser otra que el *reconocimiento, respeto y promoción de la libertad religiosa*

39. La doctrina eclesiasticista ha ido tomando cada vez mayor conciencia de la incidencia que el pluralismo democrático tiene en la vivencia individual y colectiva de la religión. Véanse, por ejemplo, las páginas que Mirabelli dedica a esta cuestión en su libro *L'appartenenza confesionale,* cit., 85-90. Igualmente, en el volumen colectivo *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello stato democratico,* cit., se encuentran diversas colaboraciones dedicadas a la cuestión.

En este sentido, los autores se han preocupado también de caracterizar la diferente posición que respecto a la religión pueden adoptar los diversos modelos del Estado democrático. Vid. Fumagalli Carulli, O., *Societii civile e societii religiosa di fronte al Concordato,* Milano 1980, 162-193.

Las consecuencias que para el futuro derecho eclesiástico derivan de los cambios sociales de los últimos años, acaecidos tanto en la sociedad civil como en la religiosa, son analizados también por Vitale y Vitali, desde diferentes puntos de vista y con opiniones divergentes. Vid. Vitale, A., *Il Diritto Ecclesiastico,* cit.; Vitali, E., *Legislatio libertatis e prospettazioni sociologiche nella recente dottrina ecclesiasticistica,* cit.

de los ciudadanos, por referirse a uno de los intereses sociales más fuertemente reivindicado por personas y grupos[40]. *Lo mismo* cabría decir acerca de la actitud del Estado en *relación con las Confesiones religiosas,* entendidas como grupos sociales o instituciones de fuerte arraigo social, cuya presencia en la vida colectiva puede abarcar muchas facetas, que exigen una atención por parte de la autoridad social.

El *reconocimiento de las Confesiones religiosas* como grupos o instituciones sociales específicas comporta una legislación del Estado que sea congruente con la naturaleza, arraigo, extensión e importancia que pueden tener en la sociedad de que se trate. ¿Habría que someterlas a un Derecho específico o bastaría el Derecho común? ¿Sería suficiente una legislación unilateral del Estado o se precisaría una regulación bilateral y pactada? Son preguntas cuyas respuestas exigen matices, pues habría que referirlas a las situaciones concretas. Por otra parte, caben todas las opciones al mismo tiempo, combinando distintos criterios.

Con respecto a la *opción por un Derecho específico,* habría que repetir que suele ser la preferida por las propias Confesiones religiosas, incómodas cuando se las encorseta en rígidos moldes asociativos impuestos por el Estado. Tal Derecho específico *no cabría interpretarlo como privilegio,* al menos en el sentido peyorativo que tiene esta expresión, pues la legislación del Estado será tanto más adecuada cuanto mejor se adapte a las circunstancias concretas de los supuestos que regula[41]. La

40. Como es sabido, existe un planteamiento del Derecho Eclesiástico centrado en tomo a la protección y tutela del interés religioso de personas y grupos. Tal planteamiento ha encontrado una especial aceptación entre los eclesiasticistas italianos, especialmente desde la prolusión de De Luca en 1957 en la Universidad de Pisa sobre «Diritto ecclesiastico e sentimento religioso». Vid. Gismondi, P., *L'interesse religioso nella Costituzione,* «Giurisprudenza costituzionale », 1958, 1221-1242; de Luca, L., *Diritto ecclesiastico* e *sentimentoreligioso,* «Racolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo», I, Milano 1963, 391-421; *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica,* cit.; Lariccia, S., *La rapresentanza degli interessi religiosi,* Milano 1967; Mirabelli, C., *L'appartenenza confessionale,* cit.; Margiotta Broglio, F., *Le confessioni religiose tra Stato e Regioni,* Citta e Regione 6 (1976) 12; Vitale, A., *Ordinamento giuridico* e *interessi religiosi,* Milano 1979.

Entre nosotros, ha tratado de sistematizar una buena parte del Derecho Eclesiástico en tomo a la idea del interés religioso, en cuanto es tutelable por el Estado, López Alarcón, M., *El interés religioso y su tutela por el Estado,* en *Derecho Eclesiástico del Estado español,* cit., 505-562.

41. Mirabelli, C., *Le intese tra Stato e Confessioni religiose. Problemi e prospettive,* Milano 1978, 160-161. En este sentido, como afirma Mirabelli, «*La legge speciale non é necesariamente privilegio.* Se *non fosse cosí dovremmo dire che almeno i due terzi della produzione normativa del nostro Parlamento é produzione di norme privilegiarie. Il moderno «uso» del diritto, in funzione non piú prevalentemente sanzionatoria, ma piutosto di indirizzo e promozione delle scelte di comportamento dei consociati e dei gruppi, esige norme differenziate, espresse ad esempio con maggiore chiareza delle cosidette leggi di incentivo. Questo significa aprire la porta al privilegio? E un rischio che si corre in maniera molto limitata da quando é stato istituito un organo che puó dichiarare la illegittimità della legge: la Corte costituzionale, che ha elaborato e va elavorando un articolato sistema di principi per il controllo della stessa discrezionalità del legislatore, in particolare sotto il profilo della ragionevoleza…*

igualdad ante la ley no significa trato igual para lo que no es igual, sino *trato justo,* que significa tratar igual lo que es igual y trato desigual para lo que es desigual.

Por otra parte, las *leyes especiales* sobre las diversas materias son una fórmula usual en la legislación actual del Estado. Si es legítimo hacer una ley especial para regular la caza y la pesca, en atención a la peculiaridad que estas nobles actividades humanas tienen, y con el fin de hacer compatible la práctica de estos deportes de tanta solera con la conservación de la naturaleza y demás intereses públicos ahí comprendidos, no parece que sea del todo rechazable el uso de legislación también especial para regular las manifestaciones sociales del factor religioso. De todas formas, es posible usar también *fórmulas combinadas,* como de hecho se hace, que permitan acogerse a la legislación común a aquellas entidades que así lo deseen, o que por su naturaleza resultan más aptas para este tipo de normativa [42].

En cuanto al tema de las *fuentes unilaterales* o *bilaterales,* también habría que superar algunos prejuicios que llevasen a pensar que alguna de estas opciones es la mejor en términos absolutos. Lo que ocurre de hecho ahora es una *combinación de ambos criterios,* procediéndose en unos casos a legislación unilateral del Estado y en otros a fuentes pactadas, cuya naturaleza puede también variar, a resultas del tipo de Confesión de que se trate. Aquí se puede ir desde una ley interna y unilateral del Estado, pero previamente pactada con un grupo religioso, a semejanza de las leyes que regulan la actividad de otros grupos sociales (Regiones, Sindicatos, etc.), hasta Acuerdos de rango internacional como son los que se pactan con la Iglesia Católica [43]. Ninguna de estas opciones o combinaciones parece contraria en principio, sino más bien congruente, y en la línea de lo que ya se hace de modo incipiente, con la naturaleza de un *Estado democrático y pluralista.*

Una differenziazione di disciplina, rispondente alle esigenze di ciascuna confessione religiosa e non privilegiaria, consente l'adequamento della normazione alla natura delle cose. Se questa esigenza si combina con il principio della incompetenza statale in materia religiosa, si puó valutare la necessità di una disciplina bilaterale». Mirabelli, C., *Le intese tra Stato e Confessioni religiose. Problemi e prospettive,* Milano 1978, 160-161.

42. Un ejemplo lo tenemos en el artículo 6, n. 2, de la Ley Orgánica de libertad religiosa de 5 de julio de 1980, que permite a las Iglesias confesiones y comunidades religiosas, que se rigen por la propia Ley Orgánica, establecer Asociaciones, Fundaciones e Instituciones con arreglo a las disposiciones del derecho común.

43. Sobre la naturaleza de estas fuentes unilaterales y pacticias en Derecho eclesiástico español, puede verse Lombardía, P., y otros: *Derecho Eclesiástico del Estado español,* cit., 181-204. En relación con el principio que formula Rouco Varela, según el cual, «entre derecho estatal y derecho internacional *non datur tertium»,* Lombardía llama la atención sobre otras posibilidades consentidas por el ordenamiento jurídico y, en concreto, por el Derecho español, que admitiría un tercer género «en el que la eficacia de un pacto normativo pesa efectivamente sobre la vigencia de una ley estatal, con toda la fuerza del principio «pacta sunt servanda». Me refiero a la noción de «ley paccionada», tan importante en relación con las fuentes del derecho navarro, tanto público como privado». Ibídem, 200.

Por lo que se refiere a puntos antes mencionados, teniendo en cuenta el *alcance universal* de la vivencia religiosa y la extensión también universal que tienen algunas Confesiones religiosas como la Iglesia Católica, habría que llamar la atención otra vez sobre la necesidad de abrir el Derecho Eclesiástico, a las *perspectivas del Derecho Internacional* y del Derecho Comparado.

Las del *Derecho Internacional* pueden ser incluso obligadas, como ocurre en el Derecho español como consecuencia del artículo de su Constitución, o en razón a los tratados y pactos suscritos por un determinado Estado. La crisis del dogma de la soberanía del Estado, al menos como principio jurídico, y la consideración de la libertad religiosa como uno de los principales derechos humanos reconocidos en las Declaraciones Internacionales de Derechos, hace necesaria esa apertura del Derecho interno al Derecho Internacional, como característica también de un Estado democrático que quisiera ser congruente con los principios que lo inspiran.

La atención al *Derecho Comparado* está también justificada, por la razón ya apuntada del alcance universal del hecho religioso y de algunas Confesiones, cuyas relaciones con el Estado y la sociedad civil en los diversos países dan lugar a un caudal de experiencias jurídicas que pueden ser utilizadas también para resolver problemas semejantes, siempre teniendo en cuenta, claro es, las propias circunstancias.

Finalmente, habría que aludir también de nuevo a uno de los más interesantes problemas que el Derecho Eclesiástico del futuro tendrá que resolver: el relativo a las *relaciones entre libertad religiosa e igualdad.* Aquí está la cuestión de a cuál de los dos principios se concede mayor valor, y cómo hay que entender una promoción de la libertad religiosa y de la igualdad que tenga en cuenta los derechos del no creyente y los problemas que presenta el *ateísmo.* Cuestión que, como es sabido, es una de las más difíciles que tiene planteadas el Derecho Eclesiástico actual, y que sólo podrán encontrar solución adecuada si se prescinde de planteamientos dogmáticos y apriorísticos, y se atiende más a las circunstancias reales de la Sociedad, valorando los bienes e intereses concretos que están en juego, y el respaldo social con que cuentan las personas y grupos que los representan. En todo caso, la solución tendrá que ser razonable y justa, basada en el respeto mutuo y en la tolerancia de las opiniones contrarias. También en este punto pueden ilustrar las soluciones del Derecho Comparado, como han puesto de manifiesto los estudios del grupo de eclesiasticistas italianos que han investigado la *Jurisprudencia norteamericana y canadiense* sobre este problema[44].

44. Vid. Capponi, N. – Missir, L. A. – Onida, F. – Parlato, V., *Il separatismo nella giurisprudenza degli Stati Uniti;* cit., Onida, F., *Uguaglianza e liberta religiosa nel separatismo Statunitense,* cit.; Ciulli-

8. El Derecho Eclesiástico del Estado español

Con respecto al Derecho Eclesiástico español, la *Constitución de* 1978 ha establecido las bases fundamentales de sus nuevos principios y normativa. La *Ley orgánica de libertad religiosa* de 1980 que la desarrolla, aparece como una ley–marco destinada también a ser completada por una normativa más concreta, de carácter unilateral o bilateral (posibilidad de acuerdos con las Confesiones y comunidades religiosas). Los *Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede* se sitúan en el marco de los tratados internacionales previstos por el capítulo III del Título III, y suponen una aplicación concreta del principio de cooperación con la Iglesia Católica del art. 16,3, instrumentado a través de Acuerdos jurídicos de carácter bilateral. Estas son, por ahora, las *fuentes principales de nuestro Derecho Eclesiástico,* cuyo estudio, interpretación y sistematización es la tarea específica que corresponde a la Ciencia eclesiasticista española.

En la Constitución española de 1978 se encuentran ya las bases suficientes para elaborar un *sistema unitario de Derecho Eclesiástico español,* entendido como *rama autónoma de la Ciencia Jurídica.* Esas bases están constituidas por los *principios inspiradores del ordenamiento jurídico español en torno a las materias religiosas y eclesiásticas.* Como tales suelen considerarse los principios de libertad e igualdad en materia religiosa, y los principios de no estatalidad de las confesiones, y de cooperación con la Iglesia Católica y demás confesiones[45].

El tratamiento que la Constitución española hace de estos principios los sitúa en el marco de una *legislatio libertatis,* en la que la libertad religiosa, en su dimensión individual, comunitaria e institucional, es una de las libertades principales. Los principios de nuestro Derecho Eclesiástico Constitucional están enmarcados, a su vez, en el cuadro de los restantes principios Constitucionales, contenidos principalmente en el *Título preliminar* y en el *Título primero de la Constitución.* España aparece configurada como un «Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1,1). Esta calificación del Estado español como «*Estado social y democrático*» pretende asegurarse a través del modo como se entiende la *libertad y la igualdad,* pues «corresponde a los po-

ni, F. – Onida, F. – Parlato, V., *Studi sul giurisdizionalismo pluriconfessionista nell'ordinamento canadese,* cit. Entre nosotros se hizo eco de la aparición de estos volúmenes de la Hera, A., *Pluralismo y libertad religiosa,* Sevilla 1971, 29-59.

45. Estos cuatro principios suelen estar presentes en los autores que se han ocupado del tema, aunque puede haber diferencias terminológicas, que en unos casos son de matriz y en otros pueden ser más de fondo. Véase nota 54.

deres públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9,2).

La doctrina ha señalado ya las dificultades que ofrece la interpretación del art. 1,1 al referirse a los valores superiores de nuestro ordenamiento, pues los conceptos de libertad, justicia e igualdad parecen quedar relativizados por el cuarto de los valores añadidos a la serie, el *pluralismo político*[46]. Evidentemente, no es fácil interpretar el sentido de esta expresión en la que, por lo demás, el pluralismo aparece a su vez calificado por el adjetivo «político», que aumenta las dificultades interpretativas, al exigir una delimitación de su contenido que lo distinga de otras posibles calificaciones, pues el pluralismo puede ser también social, cultural, religioso, etc.[47].

Sin embargo, se encuentran en la Constitución otros criterios mediante los cuales se puede *objetivar* el sentido de sus principios[48]. Entre ellos, merece especial consideración el *art. 10,* que sirve de introducción a un título en el que se tratan los derechos y deberes fundamentales. De una parte, la *dignidad de la persona* y los derechos inviolables que le son inherentes aparecen como el fundamento de nuestro orden político; de otra, se recurre a la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y a los *Tratados y acuerdos internacionales* ratificados por España como criterio de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades reconocidos por la Constitución. Esta disposición, como ha señalado *Lombardía,* está muy lejos de una concepción positivista y formalista del ordenamiento jurídico, pues se reconoce, al menos implícitamente,

46. En este sentido, escribe Fornés que «salta a la vista una importante cuestión: que en esta enumeración conjunta hay dos bloques diferenciados o, al menos, diferenciables. De una parte, unos valores que, por sí, son objetivos o, si se quiere, tendencialmente objetivables: la libertad, la justicia, la igualdad. De otro, un valor enormemente subjetivo, o, en todo caso, con una gran carga o capacidad relativizante de los demás: el pluralismo político; sobre todo si se le atribuye la función –que quizá no le corresponde en rigor– de configurar no sólo el *modo* de realizar, hoy ahora, los demás valores –libertad, justicia, igualdad– sino también su propio *contenido*». Fornés, J., *Pluralismo y fundamentación ontológica del Derecho (Un comentario al art.* 1,1 *de la Constitución española de* 1978), en «La Ley», año II, n. 145, 24 de abril de 1981, 1.

47. «Es importante, por ello, continúa Fornés, delimitar con precisión el campo específico de operatividad que corresponde al pluralismo en una sociedad democrática, o, en otras palabras, precisar que el «pluralismo» como valor superior del ordenamiento jurídico es –como señala explícitamente el art. 1.1 de la Constitución española– *político;* no pluralismo a secas, sin más calificativos», Ibídem, 1.

48. Sobre las posibilidades que la Constitución ofrece en este sentido, y sobre el papel que deberá desempeñar en esa tarea el poder judicial y la jurisprudencia, véase el interesante artículo de Ollero, A., *Derecho natural* y *«jurisprudencia de principios» (con referencia a la Constitución española de 1978),* Persona y Derecho 8 (1981) 169-179.

la existencia de derechos y libertades *pre–positivas,* anteriores a su reconocimiento por parte del Estado; de otra parte, permite una *apertura de nuestro Derecho al Derecho Internacional y a la Jurisprudencia que de ahí se derive,* que diste también de un normativismo estatalista[49].

Baste esta sumaria referencia para percatarse del interesante marco en el que hay que situar nuestros principios de Derecho Eclesiástico.

Pasando ya a ellos, se pueden identificar fácilmente los cuatro antes indicados. El estudio de la naturaleza y funciones de estos principios presenta también interesantes problemas hermenéuticos que a la Eclesiasticística española toca ayudar a resolver. Aludiremos también muy brevemente a algunos de los que pueden presentarse.

En primer lugar, está la cuestión del orden existente entre los principios, así como su *diverso rango jerárquico,* si es que lo tienen.

Parece claro que los *principios de libertad e igualdad religiosa* hay que considerarlos como un *presupuesto* para la existencia de los demás, y así parece deducirse del lugar que ocupan en la Constitución, así como del tenor en que está redactado el n. 3 del art. 16, cuando se refiere a la no confesionalidad del Estado y a las relaciones de cooperación con las Confesiones religiosas.

Distinta cuestión sería la de su posible rango jerárquico, especialmente en lo que se refiere a las relaciones entre libertad religiosa e igualdad, pues pueden ser distintas las consecuencias que se sigan de poner en primer lugar la libertad o la igualdad, siendo ésta una interesantísima cuestión de amplio contenido sometida hoy a debate doctrinal[50].

49. «*Questa impostazione implica il superamento della prospettiva costituzionale come istanza incondizionata, dato che difficilmente puó essere operativa una tutela internazionale dei diritti umani senza che questa tutela implichi una visione della sovranità dello Stato piú contenuta di quella che e abituale nella dottrina ecclesiasticistica.*

E sopratutto l'idea stessa di diritti umani, come prospettiva critica delle norme di diritto positivo, porta con se il superamento del positivismo giuridico e apre inesorabilmente il dibattito della fondazione del diritto.

I documenti internazionali che proclamano e tutelano i diritti umani hanno, come logica conseguenza della loro origine e finalità, un carattere eminentemente pratico e non si trattengono ad approfondire la natura e la fondazione di questi diritti. In tutti essi, tuttavia, si *afferma, attraverso espressioni più* o *meno rigorose e almeno implicitamente, che questi diritti appartengono all'uomo in maniera previa al fatto che siano accolti o meno de parte degli ordinamenti giuridici positivi. Le dichiarazioni, patti internazionali* o *legislazioni interne degli Stati non creano questi diritti: semplicemente li riconoscono*». Lombardía, P., *Il rapporto tra diritto canonico* e *diritto ecclesiastico,* cit., 77-78.

50. El problema de las relaciones entre libertad e igualdad rebasa el campo del derecho positivo y tiene su sede adecuada en el ámbito de la Antropología y de la Filosofía del Derecho. La cuestión más concreta de si la primacía ontológica la tiene la libertad religiosa o la igualdad religiosa será una consecuencia de la respuesta que se dé al problema que es lógicamente anterior.

Aunque un ordenamiento jurídico que quiera tener en cuenta la naturaleza de las cosas no puede prescindir en su regulación positiva de la respuesta que sea más adecuada a la cuestión, *de hecho* puede elegir; y dar la primacía a uno de esos dos valores prescindiendo de su jerarquía objetiva.

La Constitución española parece optar por la *primacía de la libertad,* como se deduce de las diversas enumeraciones que de estos conceptos hacen sus artículos más significativos, como pueden ser el art. 1,1 y el art. 9,2.

Con respecto a las relaciones entre libertad e igualdad en materia religiosa, *Viladrich* sostiene también la tesis de la *primacía del principio de libertad religiosa* [51]. En contra de esta tesis no podría ser objeción la colocación sistemática del art. 14, referente a la igualdad, antes del art. 16, donde se trata de la libertad religiosa. En primer lugar, porque el art. 14 se refiere sólo a la *igualdad ante la ley,* que es sólo uno de los aspectos de la igualdad, y por lo tanto hay que ponerlo en relación con el art. 9,2, que es donde se contemplan los *aspectos sustanciales de las relaciones entre libertad e igualdad.* En segundo lugar, porque si bien es cierto que el art. 14 hace de preámbulo con respecto al capítulo segundo del título 1, en que se trata de los derechos y libertades fundamentales, también es cierto que el artículo que introduce a todo el Título 1 es el art. 10, en el que, junto a la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, aparece el *«libre desarrollo de la personalidad»* como fundamento del orden político, en una posición de preferencia con relación al principio de «respeto a la Ley y a los derechos de los demás», siendo este último más bien un límite al ejercicio de la libertad.

Otros problemas interesantes que nuestro Derecho Eclesiástico tendrá que resolver se refieren a la *autonomía del Derecho de libertad religiosa* en relación con la libertad ideológica, con la que aparece conectado en el art. 16, así como a la cuestión, de ello derivada, acerca de los derechos de los no creyentes y ateos, en sus aspectos individuales y colectivos.

En este punto, la *Ley Orgánica de libertad religiosa* ha optado ya por una regulación específica de este Derecho, *distinguiéndolo así de la libertad ideológica.* Por otra parte, el art. 3,2 de esta misma ley parece excluir de su ámbito de protección todas aquellas actividades, finalidades y Entidades ajenas a lo específicamente religioso. En consecuencia, parece que la regulación de la temática que presenta el *ateísmo y fenómenos parecidos* es remitida a las normas que regulan las restantes manifestaciones de la libertad de pensamiento y de opinión, a las que se refiere el art. 20 de nuestra Constitución [52].

Así, por ejemplo, los regímenes políticos de inspiración liberal suelen dar la primacía a la libertad, mientras que aquellos que son de inspiración socialista suelen darla a la igualdad.

En el texto se plantea la cuestión sólo desde el punto de vista jurídico–positivo y constitucional. Para el problema de fondo remitimos a los tratados de Axiología jurídica.

51. Vid. Viladrich, P. J., y otros: *Derecho Eclesiástico del Estado español,* cit., 269-273.

52. Esta es la posición a la que parecen inclinarse también Llamazares y Suárez Pertierra, a la vez que consideran que a primera vista no se manifiestan «consecuencias diferenciales apreciables en uno y otro caso, toda vez que el régimen de libertad religiosa e ideológica es idéntico según el

El n. 3 del art. 16 de la Ley Fundamental española Constitucionaliza el *principio de no estatalidad de las Confesiones* para formularlo de acuerdo con su tenor literal, al mismo tiempo que el *de cooperación con las Confesiones religiosas.* También aquí se ofrecen importantes criterios que exigen una delimitación e interpretación adecuada por parte de la doctrina.

En primer lugar, la *interpretación no partidista y ponderada del principio de laicidad* es todo un desafío para la doctrina ec1esiasticista española, así como para los órganos de interpretación y aplicación del Derecho en nuestro ordenamiento. De ello puede depender una correcta solución a algunos problemas heredados de nuestra reciente historia social y política[53].

Este principio, puesto en relación con el de libertad religiosa, del que depende, significa, a mi juicio, el reconocimiento de la *independencia y autonomía mutuas* que deben existir entre el Estado y las Confesiones religiosas. Consecuencia de esta autonomía es la *laicidad del Estado,* que en sí misma no es formulada por la Constitución, aunque algunos autores hablen sin más matizaciones del principio de laicidad como de un principio Constitucional[54].

tenor de lo estipulado en el artículo 16». Llamazares – Suárez Pertierra, *El fenómeno religioso en la nueva Constitución española,* cit., 24.

53. Viladrich, P. J., y otros: *Derecho Eclesiástico del Estado español,* cit., 279-280. Después de afirmar que cuando «el Estado no coacciona, ni sustituye, ni concurre como tal Estado ante lo religioso… *se comporta sólo como Estado y, por tanto, laicamente»,* Viladrich continúa afirmando que «es importante tener esa idea clara para evitar vetustas resurrecciones de la laicidad entendida como profesión estatal de fe en el agnosticismo, el indiferentismo o el ateísmo. y no es difícil prever la posibilidad de tales resurrecciones cuando nuestro Estado emprenda el laico cumplimiento del art. 9,2 de la Constitución en lo relativo al factor religioso, al menos en la mentalidad de algunos. Por otra parte es muy conveniente también recordar la no menos probable posibilidad de otras resurrecciones, a saber, la de la confesionalidad al amparo de un tratamiento activo y positivo del factor religioso. De ambos riesgos hay que protegerse, mediante una correcta comprensión de la laicidad del Estado». Viladrich, P. J., y otros: *Derecho Eclesiástico del Estado español,* cit., 279-280.

54. Como es sabido, los autores adoptan *diversos términos* para designar el principio reconocido en el art. 16,3 de nuestra Constitución. Así, Fornés habla del principio de no confesionalidad, Viladrich del principio de laicidad del Estado, de Echeverría y Jiménez Martínez de Carvajal hablan del principio de neutralidad confesional, Llamazares y Suárez Pertierra del principio de no estatalidad, etc. Vid., respectivamente, Fornés, J., *El nuevo sistema concordatario español (los Acuerdos de* 1976 *y* 1979), Pamplona 1980, 33-37; Viladrich, P. J., *Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español,* cit., 273-283; de Echeverría, L., *La nueva Constitución ante el hecho religioso,* en *«El hecho religioso en la nueva Constitución española»,* Salamanca 1979, 62-66; Jiménez Martínez de Carvajal, J., *Principios informadores del actual régimen español de relaciones entre la Iglesia y el Estado,* en *«Iglesia y Estado en España»,* cit., 42-45; Llamazares, D. – Suárez Pertierra, G., *El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico,* cit., 13-17; 33-34.

Indudablemente, más que la expresión que se adopte para designar el principio, lo importante es el *contenido* que se le asigne. En este sentido, coincido con los profs. Llamazares y Suárez Pertierra en que la expresión más correcta para designar este principio, de acuerdo con el tenor literal de la Constitución, es la de *principio de no estatalidad de las Confesiones.* Sin embargo, no estoy de acuerdo con el sentido que dan a esta expresión, cuando quieren ver en ella una no superación

En segundo lugar, habría que destacar que la asunción por nuestra Constitución del *concepto de Confesión religiosa* supone una consideración específica de las formas asociativas e institucionales de la religión, lo que equivale también a una opción por la regulación específica de tales entidades acorde con su naturaleza. La *Ley Orgánica de Libertad religiosa* refleja esa opción por un *Derecho específico,* al mismo tiempo que reconoce autonomía a las diversas confesiones para configurarse de acuerdo con su peculiar identidad como grupos religiosos. El concepto de Confesión religiosa, cuyo paradigma parece ser la Iglesia Católica, según el enunciado Constitucional, deberá ser también objeto de una cuidadosa elaboración por la doctrina eclesiasticista española.

Finalmente, el *principio de cooperación con la Iglesia Católica* ha recibido ya una instrumentalización por medio de los *Acuerdos con la Santa Sede.* La existencia de estos Acuerdos, así como la mención explícita de la Iglesia Católica en el art. 16,3, abren una importante *vía de comunicación entre nuestro Derecho Eclesiástico y el Derecho Canónico,* cuya relevancia para la enseñanza de estas disciplinas en la Facultad de Derecho quisiera subrayar antes de acabar estas líneas dedicadas a la Ciencia del Derecho Eclesiástico.

Efectivamente, al margen de otras posibles consideraciones que pudieran hacerse en torno al significado de la citada *mención de la Iglesia Católica,* no cabe duda de que con ello se ha considerado como hecho notorio el arraigo y trascendencia de esta institución en la vida social española[55]. La firma de unos Acuerdos con la Iglesia siguiendo el cauce de los tratados internacionales, previo reconocimiento de la personalidad internacional de la Santa Sede, significa también el reconocimiento de que esa Institución, que nuestra Constitución explícitamente mencio-

del principio de no confesionalidad y, poniéndola en relación con la mención expresa que en el art. 16,3 se hace de la Iglesia Católica, tratan de ver en ella una especie de confesionalidad encubierta. Según sus propias palabras: «No sería difícil trascender desde esta realidad a una especie de –confesionalidad atenuada y no expresa del Estado español basada en el factor social, que no es sino el fundamento de la llamada, por contraposición a la confesionalidad doctrinal o valorativa, confesionalidad sociológica del Estado». Cfr. Llamazares – Suárez, cit., 33.

Como se afirma en el texto, a mi juicio el principio de no estatalidad no pretende camuflar una confesionalidad todavía no superada, sino que se ha valido de la fórmula que aparecía más neutral en relación con sus dos precedentes constitucionales más inmediatos (las Leyes Fundamentales del régimen de Franco y la Constitución de la II República), para expresar que el Estado español no es un *Estado laico* (en el sentido de *laicista),* ni tampoco un *Estado Confesional.* Esto significa, expresado en categorías más modernas y más exentas de prejuicios o de temores, que nuestra constitución reconoce la *autonomía e independencia mutuas* que han de existir entre el Estado y las Confesiones religiosas, y más en concreto, puesto que de ella se hace mención expresa en el mismo art. 16,3, *entre el Estado y la Iglesia Católica.* Con esta fórmula se pretende, en definitiva, superar tanto el *laicismo* como la *Confesionalidad de Estado,* que caracterizaron las dos etapas inmediatamente anteriores de nuestro sistema político.

55. Véase, por ejemplo, Viladrich, P. J., o.c., 314-315.

na, está dotada de un ordenamiento jurídico, al que tales Acuerdos conceden una amplia relevancia en nuestro Derecho interno. En consecuencia, tanto la explícita mención de la Iglesia en el art. 16, como la existencia de los Acuerdos con la Santa Sede, son *fundamento jurídico* para *dotar de relevancia al Derecho de la Iglesia ante el Derecho del Estado.* Y ello lleva consigo la necesidad de un estudio de las relaciones entre ordenamiento civil y ordenamiento Canónico, que tendrá que ser una de las preocupaciones principales de nuestro actual Derecho Eclesiástico[56].

Como decíamos al comienzo de este capítulo, desde el punto de vista académico el conocimiento y *estudio del Derecho Canónico* no está fundado en una motivación de carácter confesional, sino que es una *exigencia* derivada *del propio Derecho Eclesiástico del Estado español.* Aparte de su vigencia social en amplias esferas de la vida española, como ordenamiento jurídico propio de una Institución que es expresamente reconocida en su específica naturaleza por nuestra Constitución, el Derecho Canónico funciona también como un *presupuesto,* al que remiten las normas estatales por razones de economía jurídica, y en razón al *reconocimiento de los efectos* que a bastantes de sus normas e instituciones se atribuyen en nuestro ordenamiento[57]. En ello se funda la conveniencia, o incluso necesidad, de anteponer el estudio y enseñanza del Derecho Canónico al estudio y enseñanza del Derecho Eclesiástico, como se hace en otros países en los que se atribuye también relevancia a los ordenamientos confesionales, tales como *Alemania, Austria e Italia.*

56. Sobre las relaciones entre Derecho Eclesiástico y Derecho Canónico, en general, y, en particular sobre la necesidad de recurrir al Derecho Canónico para el cultivo del Derecho Eclesiástico, cuestión que ha sido objeto de un amplio tratamiento por parte de los juristas italianos, ha vuelto a tratar recientemente Lombardía, P., en el estudio cit. en la nota 18. El mismo autor se ha ocupado también de algunas cuestiones relativas al concepto de Derecho Eclesiástico, en *Derecho Eclesiástico y libertad religiosa,* ponencia en el Simposio sobre «Ateísmo y libertad religiosa», organizado por la Fundación Juan de la Rosa y celebrado en el Colegio Mayor San Juan Evangelista de Madrid en febrero de *1981 (pro manuscripto).*

57. Hablamos aquí de *presupuesto* en un sentido general, pues, como es sabido, la doctrina discute la naturaleza jurídica de las diversas relaciones que puedan establecerse entre las normas civiles y las canónicas. Según Bernárdez, «junto a las normas canónicas dotadas de eficacia civil a través del expediente de la remisión, bien en el sentido de remisión material o en el sentido de remisión formal, existen otras normas canónicas constitutivas o reguladoras de institutos y relaciones canónicas, las cuales son tenidas en cuenta a modo de presupuesto por el legislador estatal para atribuirles unos efectos en su ámbito propio. Este fenómeno no coincide plenamente con el denominado por la doctrina presupuesto de hecho…

Desde nuestro punto de vista el fenómeno no se encuentra encajado sistemáticamente para la doctrina actual. Ello podría lograrse o bien a base de estructurar un concepto intermedio entre el de remisión y el de presupuesto de hecho, o bien a base de idear una figura dentro de la más genérica del envío y que podría denominarse –por aventurar alguna fórmula– envío indirecto, implícito o envío de prejudicialidad». Bernárdez, A., *Problemas generales del Derecho Eclesiástico del Estado,* cit., 51. Puede verse también de Luca, L., *Rilevanza de l'ordinamento canonico nel diritto ecclesiastico,* Padova 1943.

2

EL DUALISMO CONSTITUCIONAL ENTRE ORDEN POLÍTICO Y ORDEN RELIGIOSO*

1. Dado que esta colaboración está destinada al volumen que recogerá algunos de los frutos que produjo la reunión de eclesiasticistas que, convocados por el Profesor Iván C. Ibán, se reunió en Arcos de la Frontera los días 1 y 2 de febrero del 89 para tratar de materias conexas con la «libertad y el Derecho fundamental de libertad religiosa», y dado que la reunión se planteó de forma muy flexible para que pudieran tratarse con libertad –y con la tranquilidad que permitía aquel maravilloso escenario que es el parador nacional de Arcos– las cuestiones que fuesen surgiendo al hilo de nuestras conversaciones, me ha parecido que esta breve comunicación podría tener también un carácter muy informal y ser simplemente el cauce para expresar muy esquemáticamente algunas ideas que me fueron sugeridas por las conversaciones y discusiones que allí tuvieron lugar.

2. En primer lugar está la cuestión que sirvió como hilo conductor de la reunión y que centró la atención de las dos ponencias que fueron objeto de discusión: *La libertad y el Derecho fundamental de libertad religiosa.*

Parece claro que la libertad es una cualidad de la persona humana que debe ser considerada como un bien correspondiente a su dignidad, y que éste es uno de los grandes legados de la tradición jurídica en la que se asientan los actuales Estados democráticos. La civilización jurídica ha ido avanzando en la medida en que la organización de la sociedad y del Estado ha ido encontrando técnicas y recursos que garanticen al máximo esa esfera de libertad externa –que es la propiamente jurídica– que la persona necesita para su autodeterminación

(*) Publicado en AA.VV., «*Libertad y derecho fundamental de libertad religiosa*, Madrid 1989, 183-190.

y desarrollo. La libertad como capacidad de autodeterminación en orden a la elección de fines y de medios requiere un espacio de libertad externa –*libertad jurídica*– que el Derecho debe proteger y garantizar.

Pero la libertad se especifica en orden a los objetos que se propone realizar y la técnica jurídica con la que se pretende garantizar la libertad sería escasamente eficaz si esa pretensión se redujera a la protección de una *libertad genérica* y *no especificada.* El mundo moderno ha sido testigo de la eclosión de una serie de *libertades específicas* que han ido adquiriendo carta de naturaleza en los diversos ordenamientos jurídicos y que son consecuencia de esa gran batalla que tiene como último objetivo la conquista de la esfera jurídica de autonomía que la persona necesita para ser libre interna y externamente.

Entre esas libertades específicas, *la libertad de conciencia y religiosa* ha ocupado un papel destacado, puesto que no en vano afecta a bienes y valores de especial consideración. Pero es evidente que si la dignidad de la persona humana es el fundamento de todas las libertades, cualquiera que sea el objeto que las especifique, todas las libertades jurídicas son *solidarias* entre sí y no se puede atacar alguna de ellas sin que al mismo tiempo se vean afectadas las demás. Es decir, no se puede atacar una libertad jurídica específica –como la libertad de opinión y de expresión, o la libertad de reunión y asociación, o la libertad de conciencia y religiosa– sin que ese ataque deje intacta a la *libertad* de la persona *sin más.*

De ahí que las garantías y los recursos jurídicos que las actuales Constituciones de los Estados establecen para proteger las diversas libertades reconocidas a las personas no puedan considerarse aisladamente unas de otras como si fuesen compartimentos separables del edificio Constitucional. Si se considera concretamente el caso de la Constitución española, el sistema Constitucional de libertades no podrá entenderse si se prescinde de la vinculación entre los derechos y libertades que se recogen en el capítulo segundo del Título primero –entre los cuales se encuentra la libertad religiosa garantizada en el artículo 16– y la libertad que se propugna como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico –artículo 1–, como tampoco podrían entenderse esos valores superiores del ordenamiento jurídico –y en concreto la libertad–, que quedarían reducidos a una etérea constelación de conceptos propugnados como vagos ideales, si se prescinde del fundamento real de nuestro orden político, que el artículo 10 sitúa en la *persona humana* y en *su dignidad.*

Hay, pues, una evidente conexión entre *libertades específicas, libertad sin más y persona humana* –como fundamento de la libertad y de las libertades– que no debe olvidarse a la hora de proceder a una hermenéutica Constitucional ni, por supuesto, a la hora de proceder a una *fundamentación del Derecho Eclesiástico del Estado.*

La dignidad de la persona humana es el fundamento del orden político diseñado por la Constitución española –como afirma literalmente el ya citado artículo 10– y sería imposible construir un sector del ordenamiento jurídico español prescindiendo de ese fundamento. Pero esa exigencia se evidencia aún más cuando se trata de la construcción de un sistema o de una rama jurídica centrada sobre la libertad religiosa, como es el caso del Derecho Eclesiástico. La elaboración de un Derecho Eclesiástico español basado en una mera exégesis del artículo 16, y de su necesario complemento el artículo 14, no podría ser otra cosa que el ejercicio de un arbitrario positivismo jurídico.

Así las cosas, me parece que la tarea del eclesiasticista debe ir más allá que esa mera exégesis de los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución, y que es necesaria una fundamentación del Derecho Eclesiástico que tenga en cuenta todos los elementos y datos que la Constitución proporciona, y en donde la dignidad de la persona humana ocupe la posición angular. Pero por ahora sólo cabe hacer votos para que nuestra doctrina eclesiasticista dé el necesario giro que la conduzca desde el cómodo positivismo, más o menos en uso, a la más ardua tarea de la fundamentación. Y ahí tendrá que jugar el artículo 10 el papel primordial y básico que le asigna la Constitución.

Conviene, por tanto, recordar que, según la Constitución española, el fundamento de la libertad religiosa –y el de las demás libertades– no es la libertad– que, según el artículo 1, sólo puede ser calificada de valor superior de nuestro ordenamiento–, sino la *dignidad de la persona humana.*

3. La segunda cuestión a la que quería referirme es una consecuencia de lo dicho anteriormente. Se trata precisamente de la conexión entre el artículo 10 de nuestra Constitución y el párrafo 3 del artículo 16. La cuestión es si ese *dualismo entre Estado e 1glesia católica y demás confesiones* que está presente en el artículo 16,3, y que responde a nuestra tradición histórica y al momento en que se sanciona la Constitución, debe encontrar también en el artículo 10,1 su fundamento y justificación. Después de lo dicho anteriormente me parece que se puede afirmar que, efectivamente, es ahí donde hay que buscar también el fundamento a ese dualismo entre orden político y orden religioso en que se basa el planteamiento del artículo 16,3. Dualismo de órdenes, repito, que es el que está presente en nuestra tradición histórica y en el momento en que se establece la Constitución, lo cual implica que ése es el *contexto real* al que hay que acudir como punto de referencia necesario para evitar que cualquier consideración sobre la cuestión se convierta en una mera cuestión de laboratorio que nada tenga que ver con la realidad.

Lo que pretendo decir es que por la conexión entre los artículos 10 y 16 no solamente cabe afirmar que la persona humana es el fundamento del orden político –cosa que literalmente dice el artículo 10–, sino también que, a partir de esa conexión entre persona humana y libertad religiosa, se puede deducir:

a) Que la Constitución española *presupone la existencia de dos órdenes* –el orden político y el orden religioso–;

b) que la distinción entre esos órdenes está basada en la dignidad de la persona humana, puesto que es patrimonio de la tradición cultural en que se asienta la Constitución española entender a la persona humana como un *sujeto dotado de conciencia y de libertad* y, por tanto, de una esfera jurídica de autonomía –donde se asienta el orden moral y religioso–, que supone una auténtica *limitación al poder del Estado,* siendo precisamente esta limitación la que postula que actual Estado democrático sea un Estado laico, para permitir así tanto su independencia respecto a las confesiones religiosas como la independencia de éstas respecto al Estado;

c) por tanto, que *esos órdenes son independientes y autónomos* y delimitan competencias de instituciones distintas –el Estado y las confesiones religiosas–;

d) y que esas instituciones, diversas en razón de su competencia, deben *cooperar* precisamente *al servicio de la persona humana* como sujeto y fundamento de ambos órdenes.

Soy consciente de que al hacer estas afirmaciones que me parecen deducibles de la Constitución española se está aludiendo también a ideas y principios que coinciden con algunos de los que inspiran al llamado Derecho público externo de la Iglesia católica. Pero esas coincidencias no invalidan los contenidos normativos de la Constitución –que, evidentemente, ha sido el resultado del ejercicio de la soberanía por parte del pueblo español– y sólo manifiestan que nuestra Constitución ha sido establecida por un pueblo que tiene su propia historia, su propia tradición y cultura, su propia identidad en suma, que se expresa cuando se da asimismo una Constitución y cuando decide con plena soberanía los modelos de comportamiento con respecto a instituciones que no necesitan probar su arraigo histórico y un notorio influjo social y cultural.

Me parece que es efectivamente ese contexto histórico, social y cultural el que ahorra y hace superfluo un análisis más pormenorizado de las relaciones entre los artículos 10 y 16 que condujese a extraer las consecuencias que se acaban de deducir y que, digámoslo una vez más, se concretan en la existencia del *orden político* y del *orden religioso como esferas autónomas de competencia* y como ámbitos de diversa potestad, cuya cooperación viene exigida en razón a ser unos mismos sujetos los que participan en una y otra esfera de actividad y, por tanto, los más

interesados en que las relaciones entre esos ámbitos se establezcan sobre bases de colaboración recíproca y no de confrontación.

4. La cuestión de si ese dualismo –incluso de potestades diversas, autónomas e independientes– es o no compatible con la existencia de un *Estado laico y no confesional,* como el que la Constitución española delinea, me parece también superflua desde el momento en que se constata que cabalmente el párrafo 3 del artículo 16 tuvo precisamente ese sentido, que rompía por una parte, y enlazaba también por otra, con la anterior situación preConstitucional. Es decir, rompía con la confesionalidad del régimen político anterior y al mismo tiempo continuaba una tradición histórica –vigente también en el momento en que se establece la Constitución– *de dualismo de órdenes y de colaboración mutua entre la organización política y la organización religiosa.*

Por tanto, la cuestión es no sólo que un *Estado laico* en un sistema democrático puede ser una forma óptima de configurar la distinción entre orden político y orden religioso de un modo que conviene perfectamente a la autonomía e independencia recíproca de ambos órdenes y que no obsta a una posible colaboración, sino que, considerada la cuestión *en concreto,* y tal como la configura la Constitución española, la no confesionalidad del Estado y su carácter laico ha de estar necesariamente unida a una cooperación entre las organizaciones del orden político y del orden religioso. Sobre esas bases se estableció el *pacto Constitucional* y a esa inspiración responde –a pesar de una formulación no demasiado acertada por los términos que se utilizan– el párrafo 3 del artículo 16, como sabe cualquier intérprete de nuestra Constitución que quiera moverse en el contexto real en el que la Constitución se establece y que no pretenda hacer lucubraciones en el vacío.

No me parece, pues, muy acertado *contraponer la laicidad del Estado a la cooperación,* y mucho menos entender la laicidad como un *límite* a la cooperación. La Constitución española parece entender más bien la cooperación como una consecuencia del carácter no estatal de las confesiones y como una exigencia de su concepción de la laicidad del Estado. La Constitución española parece decir: puesto que ninguna confesión tendrá carácter estatal y el Estado español es un Estado laico, los poderes públicos deben cooperar con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas. No hay una *contraposición* entre laicidad y cooperación, sino una *relación de congruencia* por virtud de la cual la laicidad del Estado, que se hace consistir en la mutua autonomía e independencia entre el orden político y el religioso, es la que hace posible una verdadera cooperación con las confesiones religiosas, superándose así una situación de posible *confusión* entre ambos órdenes como es la que pudo caracterizar al anterior Estado confesional.

No hay que olvidar que si los poderes públicos deben tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española para establecer con la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas las consiguientes relaciones de cooperación –como afirma el artículo 16,3– es porque se entiende que una tal cooperación es beneficiosa para la persona humana –que es el sujeto social que sustenta esas creencias– y que favorece, por tanto, «el libre desarrollo de la personalidad» –al que se refiere el artículo 10,1–.

5. Termino estas breves líneas, que me han venido sugeridas por la consideración de las relaciones entre los artículos 10 y 16 de la Constitución española. Podrían resumirse así: la persona humana es el fundamento del orden político y de los valores que se propugnan para el ordenamiento jurídico. La dignidad de la persona es, por tanto, el fundamento de la libertad religiosa y es también el fundamento de la distinción entre orden político y orden religioso, la cual está presupuesta en las relaciones de cooperación que la Constitución quiere que se establezcan entre los poderes públicos y las confesiones religiosas. La cooperación, pues, ha de ponerse también en relación con la dignidad de la persona y con «el libre desarrollo de la personalidad», pues esto es lo que da sentido a toda la actividad del Estado. Y todo ello, por supuesto, en el contexto de un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad y la igualdad, es decir, en el contexto de un Estado laico en el que ninguna confesión tendrá carácter estatal.

Hay una clara relación entre los artículos 1, 10 y 16 de nuestra Constitución, a la que necesariamente hay que acudir si se pretende fundamentar nuestro actual Derecho Eclesiástico del Estado. La interpretación de tales textos no debería perder de vista lo que dio sentido al pacto Constitucional, ni el sustrato histórico, social y cultural sobre el que se fundamentó ese pacto.

3

EL DERECHO ECLESIÁSTICO EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA*

Sumario: 1. Introducción. 2. El objeto del Derecho Eclesiástico como rama de la ciencia jurídica. 3. los fundamentos del Derecho Eclesiástico y su contexto histórico y cultural. 4. La libertad religiosa –del individuo y de las confesiones– y las relaciones institucionales entre el Estado y las confesiones como objeto del Derecho Eclesiástico Constitucional. 5. La dignidad de la persona humana como fundamento del orden político y de la distinción entre orden religioso y orden político. 6. Consideraciones en torno a los principios Constitucionales del Derecho Eclesiástico. 7. La libertad religiosa y sus consecuencias. 8. La autonomía mutua entre estado y confesiones y la laicidad del estado. 9. La cooperación entre el estado y las confesiones religiosas. 10. La igualdad en materia religiosa. 11. Conclusión.

(*) Publicado en AA.VV., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado* (estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía), Madrid 1989, 289-307.

Con su habitual agudeza –en el Boletín bibliográfico dedicado a dar cuenta de tres libros referidos principalmente al Derecho Canónico, cuyos autores éramos los profesores Fornés, Ibán y el que suscribe estas líneas–, el profesor Lombardía hacía notar que «ninguno de los tres nos ofrece una respuesta clara acerca de la fundamentación del Derecho Eclesiástico. Ciertamente, dado el objeto fundamental de sus excelentes libros, tal problemática no era para ninguno de los tres de obligado tratamiento; pero tengo para mí que si tuvieran resuelto el problema no hubieran resistido la tentación de decírnoslo. También, en este punto, al mismo tiempo que ofrecen muchas contribuciones personales, son fieles testigos del estado actual de la doctrina. Me refiero al desconcertante fenómeno de dos disciplinas, cultivadas con mucha frecuencia por las mismas personas, en las que se da el paradójico hecho de que en una de ellas –el Derecho Canónico– la fundamentación es la clave de la teoría general; mientras que en la otra–el Derecho Eclesiástico–, el tema de la fundamentación se pierde en una vaga nebulosa». P. Lombardía, *El concepto actual de Derecho Eclesiástico y su marco constitucional*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. I (1985) 631.

Teniendo en cuenta estas palabras del maestro Lombardía, me ha parecido que la mejor manera de contribuir con un escrito a este volumen dedicado a su memoria, podía ser precisamente la de hacer algunas reflexiones sobre determinados aspectos del Derecho Eclesiástico que afectan a lo que con toda razón puede decirse que no ha sido efectivamente objeto de la atención que merece por parte de la doctrina: la fundamentación del Derecho eclesiástico. De este modo trataré de secundar, aunque sea de forma muy modesta, lo que en esas palabras podía haber de deseo y de amable invitación por parte de mi querido maestro.

1. Introducción

Por medio de estas líneas quisiera hacer algunas reflexiones acerca de las características del Derecho Eclesiástico del Estado tal como se encuentran configuradas en la Constitución española. Con ello me gustaría contribuir a una cuestión que me parece capital para la constitución del Derecho Eclesiástico como rama autónoma del saber jurídico: la que afecta al *objeto, fundamento y principios* que lo rigen. La relativa juventud de lo que se ha llamado el Derecho Eclesiástico en sentido moderno hacen necesario seguir profundizando en estas materias para delimitar cada vez mejor los perfiles de este sector de la Ciencia Jurídica.

Dado que el Derecho Eclesiástico del Estado se basa en el Derecho positivo vigente, la cuestión a la que acabo de aludir no puede prescindir de cada ordenamiento jurídico particular, y por eso es necesario a la hora de configurar al Derecho Eclesiástico del Estado español tener en cuenta sobre todo a la Constitución española. Sin embargo, y dado también que el Derecho Eclesiástico es una rama de la Ciencia Jurídica general, se puede plantear primero la cuestión desde esa perspectiva genérica, para considerar después cómo se plantea en el ordenamiento jurídico español vigente. Este es el procedimiento que seguiré y el sentido de las siguientes consideraciones en torno al Derecho Eclesiástico en general.

2. El objeto del Derecho Eclesiástico como rama de la Ciencia Jurídica

La cuestión del objeto es central para delimitar los perfiles de nuestra disciplina. Sin pretender hacer ahora un análisis exhaustivo de la disputa doctrinal sobre este tema y tratando de recoger solamente lo que es fruto de un mayor consenso, el Derecho Eclesiástico suele ser definido como aquella rama de la Ciencia Jurídica que tiene por objeto la relevancia que el factor religioso tiene para el Derecho del Estado. Se puede identificar aquí en seguida lo que constituye su materia propia –*el factor religioso* en sus diversas manifestaciones– y lo que constituye su específica formalidad –la *relevancia* que ese factor tiene para el Derecho del Estado–.

Sin embargo, esto nos plantea también algunas dificultades: ¿En qué consiste el factor religioso? ¿Qué es la religión y qué son actividades religiosas? ¿Cuáles son las manifestaciones de la religión, en el plano individual, en el plano social y en el plano institucional? ¿Qué son los fines religiosos y en qué se diferencian de otras finalidades individuales y sociales? Estas y otras preguntas nos las podemos formular en torno a lo que constituye el *objeto material* del Derecho Eclesiástico.

Pero no menores son las dificultades con las que tropezamos al referirnos a su *formalidad específica*: ¿Cuál es la relevancia que el factor religioso tiene para el Derecho del Estado? Como se ha puesto de manifiesto recientemente por Hervada, en principio el fenómeno religioso en sí mismo considerado no es objeto de la competencia del Estado, sino que al Derecho del Estado sólo le debe interesar lo que este autor llama su «proyección civil»[1]. Por tanto, en relación con esta cuestión se plantea un punto importantísimo, cual es el de la propia legitimidad del Derecho Eclesiástico del Estado. Si el Estado no es competente en materia religiosa, ¿cómo se legitima el Derecho Eclesiástico estatal?

Hay, por tanto, una relación muy estrecha entre el tema del objeto y el tema del fundamento de nuestra disciplina. La definición del objeto plantea inmediatamente la legitimidad del Derecho Eclesiástico y, por tanto, la necesidad de su fundamentación.

La cuestión de los principios se plantea en tercer lugar, y está en conexión con el carácter específico de la disciplina en relación con otras ramas del Derecho. No es que el Derecho Eclesiástico pueda aislarse del resto de la Ciencia Jurídica en base a unos presuntos principios autónomos; como todo sector del ordenamiento jurídico, el Derecho Eclesiástico se inspira en los mismos principios que rigen en el ordenamiento estatal correspondiente, pero en cuanto rama del Derecho es evidente que el Derecho Eclesiástico debe tener unos principios específicos que lo estructuren con una peculiar fisonomía, a semejanza de lo que ocurre con las restantes ramas de la Ciencia Jurídica. De ahí que para el Derecho Eclesiástico como saber esta cuestión no sea irrelevante.

Pero también la cuestión de los principios está ligada a la del objeto y fundamento[2]. Si realmente el factor religioso, considerado en sí mismo, no debe ser objeto del Derecho del Estado, entonces un principio básico del Derecho Ecle-

1. J. Hervada, *Bases críticas para la construcción de la Ciencia del Derecho eclesiástico*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. III (1987) 32-33. «A mi juicio, el Derecho eclesiástico no se legitima porque el Estado tenga competencia directa o interna en materia religiosa. En línea de principio, el Estado carece de esa competencia …

¿Dónde puede estar la competencia del Estado en materia religiosa? La competencia aparece cuando el fenómeno religioso da lugar a relaciones jurídicas que o son propias de la comunidad política o civil –v. gr., relaciones de propiedad– o tienen relevancia en ella. No es, pues, una competencia *religiosa* la propia del Estado, sino una competencia *política* o *civil*. De ahí que el Derecho eclesiástico no tenga por objeto el fenómeno religioso en sí, sino la *proyección civil* de lo religioso …

¿Cuál es, pues, la formalidad propia del Derecho eclesiástico? Lo acabamos de decir: la proyección civil –la *politicidad*– del fenómeno religioso, un fenómeno que de suyo no es político ni civil, sino de una categoría distinta y autónoma».

2. Sobre estas cuestiones puede verse, además del artículo de Hervada citado en la nota anterior, el análisis crítico que Motilla hace de tres Manuales italianos recientes, considerando especialmente materias que tienen que ver con las cuestiones aludidas. Vid. A. Motilla, *Concepto y*

siástico será precisamente el principio de incompetencia del Estado en materia religiosa. Este principio general es como una permanente llamada de atención a la sensibilidad del eclesiasticista, para que sepa detectar cuándo se quiebra el principio en virtud de posibles injerencias o intromisiones del poder político fuera del ámbito de las competencias estatales.

A su vez, este *principio general de incompetencia* plantea el problema de cuándo está legitimada la intervención del Estado en materia religiosa, en qué se basa la relevancia jurídico–civil del factor religioso que es lo único que legitima la *competencia limitada* del Estado para establecer un Derecho Eclesiástico. Al subrayar esas dos expresiones estoy queriendo indicar lo que me parecen principios complementarios, o quizá las dos dimensiones de un mismo principio: el *principio general de incompetencia* tiene –en la *competencia limitada* del Estado por razón de la relevancia jurídico–civil del factor religioso–, una faceta complementaria que es precisamente la que legitima al Derecho Eclesiástico como ordenamiento jurídico y como Ciencia o rama del saber.

Por tanto, sólo en apariencia podría haber una contradicción entre estos dos principios. El principio de incompetencia tiene por objeto al factor religioso en sí mismo considerado, mientras que el principio de competencia limitada tiene por objeto exclusivamente la relevancia jurídico–civil del factor religioso. La *tarea* del Derecho Eclesiástico consiste en determinar cuáles son los perfiles de esa relevancia. Su importancia radica en que de ello depende la protección jurídica de uno de los más importantes derechos humanos, el Derecho de libertad religiosa.

3. Los fundamentos del Derecho Eclesiástico y su contexto histórico y cultural

La respuesta a todas las cuestiones planteadas no puede prescindir de la Historia, ni del contexto político, social, cultural, e incluso religioso, en que se han planteado. Así, en una sociedad en la que lo religioso y lo político se encuentran confundidos no tiene sentido el principio de incompetencia, puesto que el Estado asumirá ambos tipos de funciones. Es lo que ha ocurrido históricamente hasta la aparición del cristianismo, o lo que puede ocurrir incluso en nuestros días en las teocracias político–religiosas de uno u otro signo. De igual manera, en un sistema político totalitario en el que la soberanía del Estado no reconozca

sistema de Derecho eclesiástico en tres Manuales recientemente publicados en Italia, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. III (1987) 619-650.

ningún límite objetivo, tampoco tiene sentido hablar de incompetencia del Estado en materia religiosa: el poder político extenderá su radio de acción a todos los ámbitos y no quedará ningún espacio para la libertad.

Resulta muy significativo que el contexto histórico y cultural en el que ha surgido el Derecho Eclesiástico haya sido precisamente el contexto cristiano. Cuando el Cristianismo irrumpe en la Historia se inicia un proceso de distinción entre dos órdenes distintos de conducta: el orden religioso y el orden político. Es el llamado «dualismo cristiano», con todas las variantes que ha podido conocer hasta la actualidad[3]. Pero todas las posibles variantes tienen un denominador común: el principio de justicia enunciado en el Evangelio, según el cual hay un orden de competencias que corresponde al César, y otro ámbito de competencias que corresponde a Dios[4]. El Derecho Eclesiástico en realidad surgió con el cristianismo, y su Historia se identifica con la Historia de las relaciones entre la Iglesia y el poder temporal hasta nuestros días. A lo largo de esa Historia se ha ido delimitando su objeto, para lo cual han sido decisivos los modos como se han ido resolviendo los posibles conflictos de competencias entre orden religioso y orden político que, como consecuencia del dualismo cristiano, se han podido provocar.

Aquí se pueden distinguir diversos períodos históricos. En el régimen de la cristiandad medieval, las competencias entre la Iglesia y el poder temporal se delimitaban en base a unos principios que, en última instancia, se resuelven en lo que podíamos llamar el Derecho divino positivo tal como era aceptado por todos; los Concordatos sirven para acotar esas competencias en materias concretas, pero siempre desde esas bases comúnmente aceptadas.

Con la ruptura de la Cristiandad que supuso la reforma protestante, hay que distinguir entre los países que permanecen fieles a Roma y los países en que

3. En este volumen dedicado a la memoria de Pedro Lombardía no puedo dejar de hacer mención a la atención que en sus escritos prestó al tema del dualismo cristiano y a la fina sensibilidad con la que supo captar algunos de sus matices y consecuencias tanto en el campo del Derecho Canónico como en el campo del Derecho eclesiástico. Como botón de muestra puede verse su estudio en torno a las «doctrinas sobre las relaciones entre poder temporal y poder espiritual», que es una espléndida síntesis de la evolución histórica del Derecho eclesiástico y en la que la principal línea de fuerza es el dualismo cristiano. Vid. *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona [2]1983, 41-90.

Otro trabajo que también quisiera mencionar y que fue ya uno de los últimos que escribió es el publicado en Ius Canonicum bajo el título *Dualismo cristiano y libertad religiosa en el Concilio Vaticano II*. En él se hacen unas agudas consideraciones en torno a la libertad religiosa, situándola en el contexto del dualismo cristiano, y se plantea las posibilidades de vigencia del dualismo en el Estado laico contemporáneo. Vid. P. Lombardía, *Dualismo cristiano y libertad religiosa en el Concilio Vaticano II*, Ius Canonicum 51 (1986) 13-32.

4. Mt 22,21; Mc 12,17; Lc 20,25.

triunfa la reforma. En estos últimos, como consecuencia precisamente de los principios en que se basa la reforma, el Estado extiende el ámbito de sus competencias a materias que hasta entonces eran objeto de la jurisdicción religiosa, y que ahora las Iglesias reformadas enajenan y ponen en manos de la jurisdicción civil. La distinción de competencias entre el orden religioso y el orden político sufre una quiebra, que da lugar al replanteamiento del principio de incompetencia jurisdiccional del Estado en los países reformados, con el consiguiente peligro también para el tradicional principio del dualismo. Aunque de manera distinta, pues se mantiene el dualismo jurisdiccional, este peligro se manifiesta también en los países católicos, en donde la Iglesia se ve amenazada por el regalismo y el jurisdiccionalismo estatal.

A partir de la Ilustración se abre otro período histórico, en el que el problema de las competencias entre el orden político y el religioso tiene que ver con el advenimiento de la libertad de conciencia y de la libertad religiosa como uno de los derechos del hombre, que va abriéndose paso poco a poco, y se va convirtiendo en uno de los derechos y libertades que hacen de pioneros en el proceso que desemboca finalmente en el movimiento de los derechos humanos, producido ya en pleno siglo xx. La diferencia entre el período que ahora comienza y el anterior está en que la competencia de órdenes no se delimita ya sólo como una cuestión de relaciones institucionales entre Iglesia Católica y Estado, o entre Estado y Confesiones protestantes. La autonomía del orden moral y del orden religioso se reivindican ahora a partir del Derecho de la persona a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa. Y si se tiene en cuenta que se ha iniciado la época del Racionalismo, no puede sorprender que el fundamento de esta autonomía se ponga en el Derecho natural –entendido como Derecho de la razón– y no ya en el Derecho divino positivo como en las etapas anteriores, en que imperaba el régimen de Cristiandad o en que imperaban regímenes de religión de Estado o de confesionalidad.

Las metamorfosis que el principio de incompetencia del Estado en materia religiosa ha sufrido a lo largo de estos períodos históricos, que a grandes rasgos acabo de describir, afectan a diversos modos de entender los confines y límites de esa incompetencia, así como a sus posibles contenidos o a la mayor o menor extensión de su ámbito, pero todas ellas se basan en un sustrato común que le sirve de fundamento: la existencia de *dos órdenes distintos de la conducta humana* que reclaman su propia autonomía; de una parte, el *orden moral y religioso* como orden trascendente, que tiene su asiento en la dignidad de la persona humana; y de otra, el *orden político* como orden temporal, que es el que propiamente está sometido a la competencia jurisdiccional del Estado.

Me parece que tener en cuenta este contexto histórico y cultural brevemente descrito es absolutamente necesario para entender la situación actual del Derecho Eclesiástico, y muy especialmente en aquellos países que son herederos directos de esa tradición, como es el caso de los países occidentales y, en concreto, el caso de España. En esa tradición se encuentra el humus en el que se asienta el actual Derecho Eclesiástico, y particularmente el de aquellos países democráticos de Occidente que han aceptado también en sus Constituciones políticas y en su ordenamiento jurídico el orden de valores transmitido por esa tradición, basado, en definitiva, en la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político.

4. La libertad religiosa –del individuo y de las Confesiones– y las relaciones institucionales entre el Estado y las Confesiones como objeto del Derecho Eclesiástico Constitucional

¿Cómo se reflejan en la Constitución española estas cuestiones que acabamos de plantear acerca del objeto, fundamento y principios del Derecho Eclesiástico del Estado? A esta pregunta es a la que trataré de responder en las páginas que siguen.

Ante todo conviene destacar que, a diferencia de lo que ocurrió en las Constituciones españolas precedentes, el factor religioso no es considerado por la Constitución de 1978 como un objeto de calificación o de definición del Estado. La Constitución vigente trata de superar planteamientos de nuestra historia Constitucional y especialmente de la más reciente que, o bien llevaron a privilegiar a una sola Confesión religiosa –en nuestro caso la Iglesia Católica– en base a una calificación confesional del Estado, o bien llevaron a una restricción de los derechos de las Confesiones –sobre todo, también los de la Iglesia Católica– en base a una laicidad del Estado restrictiva, si no hostil, como ocurrió en la Constitución de la II República. La forma elegida para superar esos precedentes Constitucionales y para dar solución al mismo tiempo a la «cuestión religiosa» que estaba también presente como telón de fondo en las intenciones que animaron a los padres de la Constitución, les condujo a hacer una opción que trató precisamente de evitar una calificación del Estado desde el punto de vista religioso.

Efectivamente, la calificación Constitucional del Estado español se encuentra en el artículo 1 de nuestra Constitución, y en ella no se define al Estado desde el punto de vista religioso. Es bien sabido que en uno de los primeros borradores de la Constitución hubo un intento de calificar al Estado desde lo religioso, pero ese artículo y la fórmula de no confesionalidad que utilizaba fue posteriormente

suprimido por entenderse que no expresaba correctamente lo que los constituyentes pretendían[5]. El resultado ha sido una Constitución en la que se ha evitado conscientemente una calificación religiosa del Estado. El Estado español es sencillamente un «Estado social y democrático de Derecho» que propugna una serie de valores cuyo fundamento es la dignidad de la persona humana (art. 1 en su relación con el 10, 1). La posición religiosa del Estado no es objeto de calificación directa, sino que más bien es una consecuencia de esa definición general previa, como he tratado de justificar en otra ocasión[6].

Una vez descartado que la calificación religiosa del Estado sea el objeto del Derecho Eclesiástico que delinea nuestra Constitución, ¿cuál es propiamente ese objeto? Como es bien conocido, la respuesta se encuentra sobre todo en el artículo 16. En este artículo es donde nuestra Constitución pretende abordar directamente –también en otros artículos se aborda, pero de modo menos directo y principal– el factor religioso en su relevancia para el Estado. ¿En qué se hace consistir esa relevancia?

Tal como se encuentra desarrollado en sus tres números, el artículo 16 aborda fundamentalmente dos grandes cuestiones que se convierten en el *objeto relevante* de nuestro Derecho Eclesiástico Constitucional. En primer término (núms. 1 y 2), *la libertad religiosa de la persona individual y de las Confesiones religiosas* (dimensión individual y colectiva, por tanto); en segundo término, *el sistema de relaciones institucionales entre el Estado* –y los poderes públicos en general– y la *Iglesia Católica y las demás Confesiones religiosas* (núm. 3). Estos son los dos aspectos principales del factor religioso a los que se concede relevancia por nuestra Constitución y que pasan a convertirse, por tanto, en los dos grandes ejes sobre los que gira nuestro Derecho Eclesiástico.

Por primera vez en nuestra Historia Constitucional, al menos de un modo claro, el factor religioso es abordado primariamente como *objeto de libertad* y no como objeto de una definición del Estado. Por eso el lugar para su tratamiento pasa a ser aquella parte sistemática de la Constitución donde se abordan las

5. Se trata del borrador del texto constitucional elaborado por la Ponencia encargada de redactar la Constitución. El borrador afirmaba en su artículo 3: «El Estado español no es confesional». Por su colocación sistemática dentro de la Constitución y por su propio tenor literal, esta fórmula pretendía evidentemente dar una definición del Estado desde el punto de vista religioso, a semejanza de como lo había hecho el artículo 3 de la Constitución de la República española de 1931, aunque evitando utilizar sus mismos términos; como se recordará, el citado artículo de la Constitución de la II República afirmaba: «El Estado español no tiene religión oficial».

Sin embargo, esta fórmula no pasó del borrador constitucional, y no se encuentra ya en el Anteproyecto de Constitución publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978.

6. Vid. E. Molano, *La laicidad del Estado en la Constitución española*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. II (1986) 239-257.

libertades y derechos fundamentales de la persona humana. Nuestra Constitución considera a la religión ante todo como objeto de libertad, y se preocupa también de dejar claro quiénes son los *sujetos* de la libertad religiosa. Después de un primer borrador Constitucional en que no se aludía explícitamente a los sujetos de la libertad religiosa, el texto definitivo extiende no sólo a los individuos, sino también a las comunidades la titularidad de esta libertad[7]. Quedan explicitados así tanto el *sujeto individual* como el *sujeto colectivo* de la libertad religiosa.

Respecto a este último, es evidente que la Constitución parece referirlo sobre todo a las *Confesiones*, como se deduce de la relación entre los números 1 y 3 del artículo 16. El término «comunidades» al que se refiere el número 1 es utilizado con objeto de comprender también al sujeto colectivo de la libertad ideológica, a la que se menciona también en ese número. Pero cuando en el número 3 se habla ya sólo de los sujetos institucionales de la libertad religiosa, se alude inequívocamente a la Iglesia Católica y a las demás Confesiones como los sujetos colectivos principales, y sin perjuicio de que también se consideren tales –como en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa– a otras comunidades religiosas que no sean propiamente Confesiones.

La libertad religiosa de la persona y de las Confesiones es el primer objeto de nuestro Derecho Eclesiástico Constitucional, pero en íntima relación con él se hace objeto de la relevancia Constitucional la otra gran cuestión que es más típica en la tradición del Derecho Eclesiástico. Me refiero a las *relaciones institucionales entre Iglesia y Estado*, que son las que se encuentran en nuestra tradición histórica y que son especialmente contempladas en el número 3 del artículo 16, aunque ampliadas ahora en cuanto a su ámbito al incluir, además de la Iglesia Católica, a las demás Confesiones religiosas. Los dos incisos de ese número 3 se refieren a esta cuestión institucional: el primer inciso, para plantear lo que es también una consecuencia de la libertad religiosa –si ésta se lleva efectivamente hasta sus últimas consecuencias–, es decir, *la distinción institucional entre el orden político y el orden religioso*, cuyos sujetos respectivos son, como ya hemos

7. En el primer borrador del texto constitucional que fue filtrado a la prensa diaria el 23 de noviembre de 1977, el entonces artículo 17, 1, decía literalmente: «Se garantiza la libertad religiosa y de cultos, así como la de profesión filosófica e ideológica, con la única limitación del orden público protegido por las leyes». Cfr. *La Constitución española de 1978*, en Documentación Administrativa, núm. 180, Madrid 1978, 59-61. Sin embargo, la redacción del artículo 16, 1, del Anteproyecto de Constitución publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978 decía ya así: «Se garantiza la libertad religiosa y de cultos de los individuos y de las Comunidades, así como la de profesión filosófica o ideológica, con la única limitación del orden público protegido por las leyes». *Los individuos y las comunidades* se convierten así en los sujetos de la libertad religiosa, puesto que así salió ya definitivamente aprobado el texto constitucional en este punto concreto.

dicho, el Estado y las Confesiones; el segundo inciso, para establecer un *sistema institucional de relaciones entre Estado* –o mejor, «poderes públicos» y, por tanto, comunidad política en general– y *Confesiones religiosas basado en la cooperación*.

Existen también otros lugares de nuestra Constitución donde se alude explícita o implícitamente al factor religioso y se le considera relevante para el Derecho del Estado, pero todas esas materias son reconducibles a estos dos temas a que acabamos de aludir. Así, la explícita alusión al Derecho de los padres sobre la formación religiosa y moral de sus hijos a que se refiere el artículo 27, 3, es reconducible al tema de la libertad religiosa; o bien la implícita alusión al matrimonio religioso que puede haber en el artículo 32, 2, cuando se refiere a «las formas de matrimonio», es también reconducible a las dos materias relevantes del artículo 16, pues el tema del matrimonio puede tener conexión tanto con la libertad religiosa de las personas como con las relaciones institucionales de cooperación entre el Estado y las Confesiones. Y lo mismo se podría decir de otras materias Constitucionales aludidas en otros lugares y que podrían reconducirse a una de estas dos grandes zonas que delimitan el objeto de nuestro Derecho Eclesiástico Constitucional.

5. La dignidad de la persona humana como fundamento del orden político y de la distinción entre orden religioso y orden político

Por lo que se refiere a la *fundamentación* que el tratamiento del factor religioso tiene en nuestra Constitución, el propio lugar sistemático donde se encuentra lo que es objeto principal de relevancia para el Estado proporciona la mejor pista para comprender ese fundamento. La religión es objeto de una de las libertades y derechos inviolables cuya fundamentación no puede ser otra que la *dignidad de la persona* a la que se refiere el artículo 10, 1, al considerarla como fundamento del orden político y del sistema de valores de nuestra Constitución.

En este punto la Constitución española está situada dentro de esa tradición jurídica occidental a que antes me he referido, y de la que sin duda es un reciente y significativo exponente. En el marco de esa tradición, a la que también presta cobertura Constitucional el artículo 10, 2, la dignidad de la persona humana aparece especial e íntimamente vinculada con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión a que se refiere la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, así como otros tratados internacionales sobre estas materias ratificados también por España. Como es bien sabido, la libertad religiosa ha sido una de las primeras libertades históricamente reivindicadas y que han abierto brecha de forma significativa en el movimiento contemporáneo

de los derechos humanos que ha conducido a la actual configuración del Estado democrático de Derecho.

En este marco se inscribe también la libertad religiosa de las Confesiones, concebidas éstas como el exponente colectivo e institucional de las creencias religiosas. Como muestra la experiencia histórica y actual, el factor religioso se encuentran estrechamente vinculado a esas formas institucionales típicas que son las Confesiones, pues las vivencias religiosas se manifiestan comúnmente en formas sociales que afectan a la práctica del culto, a la enseñanza del credo religioso, a actividades educativas y asistenciales, etc. De hecho, en un alto porcentaje de personas, el ejercicio de las creencias religiosas está ligado a la adhesión y vinculación con las Confesiones religiosas, de forma que el reconocimiento de la libertad religiosa a los solos sujetos individuales y su negación a los sujetos institucionales se traducirá inevitablemente en una restricción clara –aunque se hiciese de forma indirecta– de la misma libertad religiosa individual.

De otra parte, en la dignidad de la persona humana y en su libertad religiosa se apoya también la *distinción de ámbitos entre el orden religioso y el orden político.* Esta distinción, en la que se basa también el dualismo cristiano, y que ha sido acogida en la tradición jurídica occidental en buena parte gracias a la influencia de ese dualismo, está presente también en nuestro sistema Constitucional no sólo al tratar de la libertad religiosa, en cuanto basada en la dignidad de la persona, sino también al tratar del sistema de relaciones entre Estado y Confesiones, donde no puede dejar de tenerse en cuenta el contexto histórico, social y cultural, así como el sistema de valores y de creencias, que constituyen como el *humus* de nuestra Constitución. De ahí que la distinción institucional entre Estado y Confesiones religiosas que supone el artículo 16, 3, no sea más que una consecuencia de esa distinción de órdenes, decantada ahora en un modelo de relaciones basado en la plena *libertad y autonomía de las Confesiones,* de una parte, y en la *laicidad del Estado,* de otra.

6. Consideraciones en torno a los principios Constitucionales del Derecho Eclesiástico

Respecto a la cuestión de los *principios jurídicos* que rigen en el sistema Constitucional de Derecho Eclesiástico, la doctrina ha llamado ya la atención acerca de su importancia y se ha esforzado por individuados. Sin embargo, cumplida ya una primera fase doctrinal de clarificación –de cuya utilidad para la primera andadura de nuestro Derecho Eclesiástico no cabe dudar–, se hace necesario seguir profundizando en la materia para integrar en ella las aportaciones que

un mejor conocimiento del entero sistema Constitucional puede suponer. En este sentido queda aún mucho camino que recorrer en la línea, por ejemplo, de seguir perfilando cada vez con mayor precisión la noción misma de principio y su relación con otras nociones como la de valor y norma; o en la línea de configurar los principios específicos del Derecho Eclesiástico en su relación con los demás principios y valores de la Constitución; o, finalmente, y sin que pretenda ser exhaustivo, la de articular diferenciadamente la función que los principios cumplen en relación con el ordenamiento jurídico –ya sea como criterios inspiradores de sus normas, ya sea como criterios supletorios en el caso de lagunas, ya sea como criterios hermenéuticos en la interpretación jurídica, etc.– y la que, como principios científicos, han de cumplir en nuestro sistema de Derecho Eclesiástico, considerado éste como una rama de la Ciencia Jurídica [8].

Parece bastante claro, por lo demás, que la tarea de identificar y armonizar los principios de nuestro Derecho Eclesiástico es una tarea que compete típicamente a la doctrina, teniendo en cuenta naturalmente la jurisprudencia, y especialmente la jurisprudencia Constitucional. Con ello pretendo decir que esta función sólo puede llevarse a cabo a partir de un análisis exhaustivo de la Constitución –y, en su caso, del resto de nuestro ordenamiento jurídico– para extraer de esa fuente primaria del ordenamiento lo que en el propio texto Constitucional no se encuentra calificado como principio. Sabido es que la Constitución española se refiere en algunos de sus artículos a determinados principios jurídicos, calificándolos expresamente de principios, como ocurre en el artículo

8. Para conocer el *status quaestionis* de la doctrina en torno a los principios del Derecho Eclesiástico español se puede acudir a alguno de los Manuales de la disciplina. A Viladrich hay que atribuirle el mérito de haber sido el primer autor que trató de ellos de un modo sistemático y por extenso cuando todavía no existía prácticamente ninguna elaboración doctrinal al respecto. Vid. P. J. Viladrich, *Los principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, 2ª ed., Pamplona 1983, 169-260. Pueden verse también, V. Reina – A. Reina, *Lecciones de Derecho eclesiástico*, Barcelona 1983, 293-326; l. Ibán – L. Prieto, *Lecciones de Derecho eclesiástico*, Madrid [2]1987, 115-137.

Además de los Manuales, también han tratado de los principios de un modo más o menos sistemático, entre otros, los estudios de: J. Jiménez – M. de Carvajal, *Principios informadores del actual régimen español de relaciones entre la Iglesia y el Estado*, en *Iglesia y Estado en España*, Madrid 1980, 3-51; L. de Echevarría, *La nueva Constitución ante el hecho religioso*, en *El hecho religioso en la nueva Constitución española*, Salamanca 1979, 43-75; D. Llamazares – G. Suárez Pertierra, *El fenómeno religioso en la nueva Constitución*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Madrid 1980, 9-34; A. Mostaza, *El nuevo régimen de relaciones Iglesia–Estado según la Constitución española de 1978 y calificación jurídica del mismo*, en *Aspectos jurídicos de lo religioso en una sociedad plural*, Salamanca 1987; J. Amorós, *La libertad religiosa en la Constitución española*, Madrid 1984, especialmente 166-197.

Finalmente, quisiera citar también el Boletín bibliográfico del primer número del *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, donde Lombardía, a propósito de algunos libros relacionados con el tema, hace agudas consideraciones sobre la cuestión. Vid. Lombardía, *El concepto actual de Derecho eclesiástico y su marco constitucional*, cit., 623-677.

9, 3; pero en relación con las materias propias del Derecho Eclesiástico no ocurre así, y es la doctrina quien tiene que realizar esa imprescindible función. Esto es lo que exige una continua reelaboración del texto Constitucional que evite clasificaciones demasiado esquemáticas, o que se pueda calificar de principio del Derecho Eclesiástico lo que no es más que un valor propugnado para un determinado ámbito, pero no para el ámbito propio del Derecho Eclesiástico[9].

¿Cuáles son, pues, los principios de nuestro Derecho Eclesiástico delineados en la Constitución? Probablemente no sea fácil responder a esta pregunta de un modo esquemático y sin hacer muchas matizaciones, al menos en el actual estadio de nuestra doctrina jurídica. En mi caso, me voy a limitar a unas breves consideraciones sobre algunos posibles principios jurídicos que parecen estar presentes o que pueden deducirse de nuestra Constitución.

7. La libertad religiosa y sus consecuencias

En primer lugar, la *libertad religiosa* parece ser uno de los *principios de nuestro Derecho Eclesiástico* –aparte también de su consideración como Derecho fundamental, tal como es calificado por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa– y así lo ha entendido con unanimidad la doctrina. Como ya he puesto de manifiesto al tratar del objeto del Derecho Eclesiástico Constitucional, la Constitución española considera al factor religioso principalmente desde la perspectiva de una libertad pública de la persona y de las Confesiones y, por tanto, también el principio de libertad religiosa que de ahí deriva parece ocupar un papel primordial y una de las claves de arco de nuestro sistema de Derecho Eclesiástico. Tampoco parece exagerado entender que otros posibles principios Constitucionales, o bien derivan de él como consecuencias –así, la autonomía e independencia mutua entre Estado y Confesiones, y la consiguiente laicidad del Estado– o bien resultan correlativos y complementarios de la libertad, según el sistema de valores de nuestra Constitución –como ocurre con la igualdad en materia religiosa–.

9. En este sentido no puedo compartir el planteamiento de Prieto Sanchís, que califica el pluralismo ideológico y religioso como un principio de nuestro Derecho eclesiástico. Aun reconociendo la equilibrada posición del autor y su preocupación por una especial tutela de las minorías, considero que resulta muy forzada su calificación a partir del «pluralismo político» del artículo 1, 1 –que obviamente es un pluralismo adjetivado y no puede tener un alcance general, ni parece que esa fue la intención del constituyente, pues entonces sobraría el adjetivo–, o del artículo 9, 2 –pues una cosa es una «condición» para la libertad, en el caso de que el pluralismo lo sea, y otra cosa es un principio–, o, finalmente, del artículo 16, 3 –pues una cosa es el hecho real del pluralismo religioso o la existencia de una pluralidad de Confesiones, y otra muy distinta la consideración del pluralismo como un principio normativo–. Vid. Ibán – Prieto, *Lecciones de Derecho eclesiástico,* cit., 126-128.

Tal como está configurada en el artículo 16 de la C.E., la libertad religiosa aparece concebida con la máxima generosidad y amplitud posible, de manera que una consecuencia directa del principio es el «*favor libertatis*» que se concede a todas las manifestaciones de esta libertad, puesto que la única limitación es la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. Existe, pues, una presunción en favor de los sujetos de la libertad a la hora de su ejercicio, y si se pretende impedir éste tendrá que demostrarse y justificarse, caso por caso, que existe una contraposición con el orden público. El significado de ese «*favor libertatis*» queda reforzado si se considera que la noción de orden público de nuestra Constitución hay que entenderla en el marco de los tratados internacionales sobre derechos humanos, en los que la noción dista mucho de un significado puramente administrativo o de una connotación con el Estado–policía; se trata, por el contrario, del orden Constitucional y del sistema de valores y derechos propugnado por la Constitución en un Estado democrático[10]. De acuerdo con el principio de incompetencia del Estado, implícito también en el de libertad religiosa, el orden público es precisamente una de las razones que legitiman la intervención de los poderes públicos en virtud de la relevancia social de las materias religiosas.

Por tanto, la primera consecuencia del principio es la necesidad de una *garantía jurídica* –en principio la propia de un Derecho fundamental, tal como la califica la Ley Orgánica de Libertad Religiosa– que extienda el ámbito de su protección y tutela –la que deriva, entre otros, de los artículos 24 y 53 de la Constitución– *al máximo grado posible de sus manifestaciones*.

Otra consecuencia del principio de libertad religiosa es aquella a la que se refiere el artículo 16, 2, que parece conectar la libertad religiosa con el Derecho a la *intimidad personal* del artículo 18, l. La protección de la intimidad religiosa puede ser vista como una modalidad especifica del Derecho a la propia intimidad personal, pero es al mismo tiempo una de las garantías de la libertad y, correlativamente, de la igualdad en materia religiosa[11].

8. La autonomía mutua entre Estado y Confesiones y la laicidad del Estado

Llevando el principio de libertad religiosa hasta sus últimas consecuencias y poniéndolo en relación con el sistema de relaciones institucionales entre Esta-

10. Sobre esta noción, en relación con la libertad religiosa, puede verse la monografía de J. Calvo, *Orden público y factor religioso en la Constitución española*, Pamplona 1983.

11. Sobre las relaciones entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad religiosa y de conciencia, vid. L. Sánchez Agesta, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid [4]1985.

do y Confesiones a que se refiere el artículo 16, 3, nuestra Constitución parece consagrar una *autonomía recíproca entre Estado y Confesiones*, cuyo fundamento último está también en relación con la distinción entre orden político y orden religioso, a la que ya anteriormente me he referido al tratar de la fundamentación de nuestro Derecho Constitucional Eclesiástico.

Efectivamente, cuando el artículo 16, 3, afirma que «ninguna Confesión tendrá carácter estatal» no solamente está prestando cobertura jurídica a la no confesionalidad del Estado, que es en lo que hasta ahora se ha fijado más la doctrina, sino que está reconociendo que el Estado y las Confesiones religiosas son sujetos institucionales distintos y que tienen funciones diferentes. Se reconoce concretamente que las funciones y actividades del orden religioso son propias de las Confesiones, mientras que al Estado sólo corresponde las funciones propias del orden político. Y por eso, los sujetos institucionales de la libertad religiosa son las Confesiones y no el Estado, que no tiene carácter confesional, sino laico. La laicidad del Estado no es más que una consecuencia de una depurada distinción entre orden político y orden religioso a la que se ha llegado después de una larga evolución histórica. Me atrevería a decir incluso que sólo a partir de esta distinción se puede entender bien el sentido de la expresión «Estado laico», pues es evidente que en nuestra Constitución la laicidad del Estado no puede ser entendida con la connotación de indiferencia o, todavía menos, de hostilidad hacia lo religioso que haya podido tener en algún otro momento de nuestra historia Constitucional o que pueda tener todavía en algún otro ordenamiento vigente [12].

De la libertad religiosa llevada hasta sus últimas consecuencias y de la distinción entre orden político y orden religioso deriva, pues, *el principio de mutua autonomía entre Estado y Confesiones* consagrado en el artículo 16, 3. Desde el punto de vista del orden político este principio implica la laicidad del Estado,

12. En otra ocasión, al tratar del significado de la norma contenida en el artículo 16, 3 –según la cual «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española»–, afirmaba lo siguiente: «En primer lugar, la Constitución presupone que la Religión y *las creencias religiosas son un factor de la sociedad, no del Estado.* Las creencias religiosas son el resultado del ejercicio de la libertad religiosa por parte de las personas y de las opciones religiosas que cada uno libremente hace. Esas creencias se manifiestan en la sociedad, tanto individualmente como institucionalmente, a través en este caso de las Confesiones religiosas.

En segundo lugar, esas creencias religiosas que se manifiestan en la sociedad no quedan relegadas exclusivamente al ámbito de la esfera privada de las personas, sino que se les atribuye *relevancia pública:* los poderes públicos han de tenerlas en cuenta. Ese tener en cuenta es un matiz importante para entender la *laicidad del Estado español.* La Constitución española ha rechazado un planteamiento de Estado laico que permitiese al Estado *la ignorancia o la indiferencia* ante el factor religioso de la sociedad: una actitud de ignorancia o de indiferencia por parte de los poderes públicos sería anticonstitucional» *La laicidad del Estado en la Constitución española,* cit., 252.

pues *la laicidad del Estado* no es otra cosa que la soberanía para organizarse por sí mismo en orden a los fines y funciones propios del orden político, siendo ese el ámbito de sus competencias[13]. Mientras que, desde el punto de vista del orden religioso, el citado principio implica a su vez la potestad de las Confesiones para autoorganizarse así mismas de acuerdo con sus fines religiosos y en el ámbito propio de ese orden.

Esta autonomía hay que entenderla como independencia completa respecto del Estado, y así la reivindican algunas Confesiones como, por ejemplo, la Iglesia Católica. Aunque la independencia de la Iglesia Católica y demás Confesiones no está reconocida explícitamente en nuestra Constitución, como ocurre, por ejemplo, en la Constitución italiana, sí está reconocida explícitamente su libertad en cuanto sujetos colectivos del orden religioso, y ahí se encuentra el fundamento para un posible reconocimiento explícito –por vía, por ejemplo, del Acuerdo o del Tratado internacional–[14]. Hay que tener en cuenta que para algunas Confesiones su independencia respecto del Estado es consustancial con su propia identidad, y es objeto de una permanente reivindicación histórica que se ha llevado a cabo ante los más variados regímenes políticos. Para un Estado democrático con un mínimo de conciencia histórica y de sensibilidad ante las concretas demandas de las instancias sociales no será difícil entender el sentido de esa independencia y verla como una de las consecuencias últimas a las que conduce la libertad religiosa en su vertiente institucional[15].

13. Ibídem, 246-248.

14. Después de tratar del planteamiento dualista que la Iglesia Católica hace de sus relaciones con el Estado a partir de su Derecho Público Externo, Lombardía se preguntaba en uno de sus últimos estudios «si ese dualismo, visto desde la Iglesia, de incuestionable vigencia canónica, tiene alguna posibilidad de incidencia bilateral en las relaciones con el Estado laico contemporáneo». Y concluía que «la respuesta es difícil, pero no se olvide que ya contamos con interesantes ejemplos de formalización. Particularmente significativo me parece el artículo 1 del Concordato italiano de 18 de febrero de 1984, en el que «la República italiana y la Santa Sede reafirman que el Estado y la Iglesia Católica son, cada uno en el propio orden, independientes y soberanos, comprometiéndose al pleno respeto de tal principio y a la recíproca colaboración para la promoción del hombre y el bien del país». Hay en este sugerente texto una clara resonancia del artículo 7 de la Constitución de Italia, en el que la tesis de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos de Santi Romano se abrió paso, gracias al talento jurídico de Giuseppe Dossetti y a la intuición política de Alcide de Gasperi y de Palmiro Togliatti. Pero hay también influjo de la idea de *sana cooperatio* de que habla el número 76 de la *Gaudium et Spes*».. P. Lombardía, *Dualismo cristiano y libertad religiosa en el Concilio Vaticano II*, cit., 31.

15. A propósito de la libertad e independencia de la Iglesia afirmaba también Lombardía que «el dualismo que la Iglesia ha defendido –y sigue defendiendo–, meditando su posición respecto de la comunidad política desde presupuestos de Derecho divino, puede conseguir todas sus consecuencias prácticas en el marco del Estado laico y pluralista, si es *plena y efectiva* la tutela de la libertad religiosa de los ciudadanos y de todas las Confesiones religiosas. Por esto el Concilio puede concluir así este importante texto de su Declaración sobre la libertad religiosa (se refiere al

9. La cooperación entre el Estado y las Confesiones religiosas

El *principio de cooperación* entre Estado y Confesiones se encuentra expresamente consagrado en el artículo 16, 3, como consecuencia de la relevancia pública de las creencias religiosas de la sociedad española, a que se refiere su segundo inciso. La cuestión que plantea el principio de cooperación es la de si hay que entenderlo como una simple proyección más del principio de libertad religiosa, o bien si hay que entenderlo como dotado de propia autonomía en cuanto principio. Dicho en otros términos ¿se presenta el principio de cooperación como una consecuencia más del principio de libertad religiosa, cuyo sentido sería la promoción y efectiva realización de esa libertad, o –lo que es diferente– se trata de una cooperación a partir de una valoración que los poderes públicos deben hacer sobre las creencias religiosas de la sociedad española en orden a determinar su posible contribución al bien común de los españoles y, en consecuencia, prestarles la ayuda que en justicia les corresponde por parte del Estado?

Las respuestas pueden ser varias según los aspectos que se tengan en cuenta. Si el Derecho Eclesiástico español es concebido preponderantemente desde el prisma de la libertad y de la igualdad en materia religiosa, y se privilegia la conexión entre el artículo 16 y el 9, 2, de nuestra Constitución, entonces el principio de cooperación se verá como una consecuencia de la libertad y de la igualdad, y su sentido no será otro que el de hacer posible en relación con la libertad e igualdad religiosas la tarea que el artículo 9, 2, encomienda a los poderes públicos (promoverlas para que sean reales y efectivas, remover los obstáculos que las dificulten, etc.).

Si, en cambio, se entendiera que el segundo inciso del artículo 16, 3, hace una valoración positiva de las creencias religiosas como elemento integrante del bien común social, y se considera esta norma con cierta autonomía respecto a su contexto inmediato, entonces la cooperación se podría concebir también como una

núm. 13 de *Dignitatis humanae*): «Hay, pues, concordancia entre la libertad de la Iglesia y la libertad religiosa, que debe reconocerse como un derecho a todos los hombres y comunidades y sancionarse en el ordenamiento jurídico».

¿Se da realmente en los ordenamientos jurídicos contemporáneos una tutela de la libertad religiosa, tan fina como la que el Concilio Vaticano II reclama, para que se dé la «concordancia» entre «libertad religiosa» y «libertad de la Iglesia»? Una respuesta a esta pregunta sólo puede darse en el ámbito del Derecho eclesiástico comparado, materia ajena al objeto de esta conferencia. En líneas generales puede afirmarse que para ello es necesario superar los residuos de regalismo, que aún se advierten en el ámbito del Derecho eclesiástico contemporáneo (Ibán), y que se entienda, con todas sus consecuencias, que la armonía entre libertad religiosa y laicidad del Estado implican la aceptación, por parte de éste, de su radical incompetencia en materia religiosa» (Viladrich). Ibídem, 28-29.

exigencia de justicia –de justicia distributiva especialmente– de la que derivada para el Estado esa obligación de cooperar.

Cabe, finalmente, una interpretación armonizadora a partir de todos los aspectos que deben ser tenidos en cuenta y según la cual no se presentasen como incompatibles los diversos titulas de la cooperación. Es decir, hay sin duda un título para la cooperación que se basa en la libertad e igualdad en materia religiosa, y cuyo sentido viene dado por la conexión entre los artículos 16 y 9, 2, de la Constitución. Pero hay también otro título para la cooperación que deriva más bien de un principio de justicia –no hay que olvidar que, junto a la libertad e igualdad, también la justicia es un valor superior de nuestro ordenamiento que quizá no es tenido muy en cuenta en relación con los principios del Derecho Eclesiástico–, en virtud del cual, además de promoverse la libertad e igualdad de las Confesiones en materia religiosa, habría que tener en cuenta también su contribución general al bien de los españoles –a través de las actividades asistenciales, de beneficencia, educativas, culturales, etc., que las instituciones religiosas llevan a cabo– y, por tanto, extraer las consecuencias de colaboración que los poderes públicos deben prestar a las actividades de interés social. De este modo, no sólo los valores de libertad e igualdad, sino también el valor justicia ocuparía un lugar específico a la hora de configurar los principios del Derecho Eclesiástico.

10. La igualdad en materia religiosa

Finalmente, para terminar estas breves consideraciones en torno a los principios del Derecho Eclesiástico, quisiera aludir, también por separado, al *principio de igualdad*. Si lo hago al final no es porque quiera negarle importancia, sino porque me parece que hay que entenderlo siempre como correlativo al de libertad. Es evidente que la igualdad es un valor relativo, en el sentido de que requiere un término de comparación y ese término puede serlo precisamente la libertad[16]. Efectivamente, nuestra Constitución parece querer que todos los sujetos de libertad gocen de una igualdad efectiva en esta titularidad (art. 9, 2) y, por eso, es

16. «La igualdad es un concepto relacional, una simple ecuación entre dos cosas o magnitudes que se comparan y que pueden ser o no valiosas… La igualdad no es nada en sí. Hace falta saber en qué o de qué hay o no igualdad. Por ejemplo, en derechos, en bienes, en oportunidades, en participación. Lo valioso está en lo que se compara, no en la comparación, que es, como digo, simple ecuación, concepto matemático, ente de razón. Lo valioso está en esos derechos y bienes, no en la igualdad con que los tenemos o carecemos». A. Torres del Moral, *Principios de Derecho constitucional español,* 1, Madrid 1985, 12.

frecuente la alusión conjunta a ambos valores. En este sentido debe superarse también un posible conflicto entre ambos, y se hacen inútiles las disquisiciones sobre su posible jerarquía, pues se trata de valores complementarios. Por tanto, cuanto ya se ha dicho sobre la libertad religiosa debe entenderse siempre referido a la igualdad y a la consecuente no discriminación por motivos religiosos.

11. Conclusión

En las páginas anteriores he pretendido tratar del Derecho Eclesiástico tal como se encuentra delineado en la actual Constitución española. Me he fijado en tres cuestiones principales: su objeto, su fundamento y sus principios. Antes de acabar estas páginas y a modo de resumen cabria concluir lo siguiente:

Por lo que se refiere al *objeto*, nuestra Constitución se refiere a dos materias principales. De una parte, la libertad religiosa, tanto de los individuos como de las Confesiones, que es tratada como condición y presupuesto de todo lo demás. De otra parte, se trata también de las relaciones institucionales entre el Estado y la Iglesia Católica y demás Confesiones religiosas. El tema de la libertad religiosa es el más novedoso; el tema de las relaciones institucionales es el más clásico, pero su novedad consiste en el modo de tratarlo, a partir de la autonomía e independencia mutua entre Iglesia y Estado, y entre Estado y Confesiones.

Por lo que se refiere al *fundamento*, como todo el orden político y el sistema de valores que la Constitución establece, nuestro Derecho Eclesiástico se basa en la dignidad de la persona humana y en los derechos inviolables que le son inherentes. En la dignidad de la persona y en sus derechos inviolables se fundamenta, de una parte, el Derecho a la libertad religiosa, que en nuestra Constitución tiene el rango de libertad fundamental, y que, tanto por su objeto como por su función en la génesis histórica de las demás, puede ser considerada como la primera de las libertades; y de hecho es la primera que aparece en la enumeración de libertades que hace nuestra Constitución.

De otra parte, la dignidad de la persona humana, en cuanto que dotada ésta de conciencia y de libertad, es también el fundamento de la distinción entre orden político y orden religioso. Tal distinción, que sin duda en la tradición occidental debe mucho al dualismo cristiano, es el fundamento de la distinción institucional entre el Estado y las Confesiones religiosas, y de la consiguiente incompetencia del Estado en materia religiosa.

Finalmente, por lo que se refiere a los *principios* que pueden deducirse de nuestra Constitución, están, de una parte, dos principios que son correlativos y complementarios, y que son los principios de libertad y de igualdad en materia

religiosa; estos principios parecen afectar a todas las materias del Derecho Eclesiástico.

Por otra parte, existen otros principios que parecen afectar especialmente a las relaciones institucionales entre Estado y Confesiones. Entre estos principios se encuentran el de la autonomía e independencia mutua entre Estado y Confesiones que, como ya se ha dicho, tiene su fundamento en la distinción entre orden político y orden religioso. Este principio tiene como dos caras: de cara a las Confesiones religiosas implica el reconocimiento de la libertad de la Iglesia Católica y demás Confesiones para autoorganizarse y desarrollar su misión exclusivamente religiosa con completa independencia respecto al Estado y al poder político; de cara al Estado, significa la consideración de éste como Estado laico. La laicidad del Estado se entiende así en el contexto que le es propio –la distinción entre orden político y orden religioso– y en relación con su objeto propio –la soberanía del Estado en el orden político, con completa independencia respecto a la jurisdicción de las Confesiones religiosas–, y no es mediatizada por otras connotaciones que desvirtuarían su sentido y llevarían a instrumentalizarla a favor o en contra de determinadas opciones religiosas, como tantas veces ha sucedido en la historia o sucede actualmente en determinados países.

Por último, está el principio de cooperación, cuyo fundamento es también una distinción entre orden político y orden religioso que no los conciba como contrapuestos y hostiles entre sí, sino como complementarios y al servicio del sujeto único de ambos órdenes: el hombre y su dignidad personal.

Para acabar, acudo de nuevo a una cita del maestro Lombardía, tomada de un escrito donde él se planteaba si realmente valía la pena seguir dedicando alguna atención a las cuestiones fundamentales del Derecho Eclesiástico, existiendo tantos problemas concretos de la disciplina que reclaman también la necesidad de un tratamiento serio y riguroso por parte de la doctrina. Refiriéndose a sus propias reflexiones, afirmaba Lombardía: «Puede quizá pensarse que las reflexiones que acabo de exponer son de índole excesivamente formal, puesto que los problemas más delicados del desarrollo de nuestro Derecho Eclesiástico afectan, en definitiva, a los contenidos: al avance en el proceso de desconfesionalización formal, particularmente delicado en el ámbito de las Fuerzas Armadas, a una más cuidada solución de la asistencia religiosa, de las fundaciones y de los problemas de Derecho Eclesiástico relacionados con el patrimonio artístico, a la clarificación de la incidencia del principio de laicidad en la financiación de las Confesiones religiosas, a la regulación de la objeción de conciencia, a la justa solución del problema de los espacios religiosos en Televisión y a tantas otras cuestiones, sobre las que no faltan inquietudes doctrinales que alientan en los

actuales trabajos de nuestra cada vez más activa Ciencia del Derecho Eclesiástico».

Después de esta enumeración de cuestiones concretas a las que la doctrina debe dar sin duda respuesta adecuada, el profesor Lombardía continuaba su exposición afirmando que no consideraba inútil, ni superflua, sino muy necesaria, la atención a esas cuestiones fundamentales, sin cuyo depurado tratamiento se produciría inexorablemente un empobrecimiento y una disminución en la calidad del Derecho Eclesiástico como rama de la Ciencia Jurídica: «Pienso, sin embargo, que si nuestra Ciencia del Derecho Eclesiástico quiere cumplir la función civilizadora que le compete, al servicio de una convivencia más justa y más libre, tiene que esforzarse por lograr un tratamiento de los temas con sensibilidad a las tradiciones del Estado de Derecho. Las dos líneas que hemos venido siguiendo desde el periodo de la transición –se refiere al Derecho Eclesiαstico concebido como *legislatio libertatis* y a su sistema de fuentes, en el que juegan un papel importante los Acuerdos entre el Estado y las Confesiones religiosas– me sugieren que tal sensibilidad exige no perder nunca de vista, en el análisis –quizá apasionado– de los problemas concretos, que nada sólido puede hacerse sin ideas claras, rigurosas y coherentes sobre las relaciones entre la teoría de las fuentes y los principios informadores del sistema de Derecho Eclesiástico» [17].

No sé si las consideraciones ofrecidas por mí en las páginas anteriores sobre cuestiones similares a las ahí aludidas por el profesor Lombardía merecerían la calificación de «ideas claras, rigurosas y coherentes», como las que exige el maestro como condición para elaborar un sistema «sólido» de Derecho Eclesiástico. En todo caso han sido escritas con la mejor voluntad y con el deseo confesado de responder a esa amable invitación del querido maestro a la que me he referido en la nota previa.

17. P. Lombardía, «Opciones políticas y Ciencia del Derecho eclesiástico español», en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. I (1985) 46-48.

4

LA LAICIDAD DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA*

Sumario: 1. Introducción. 2. La laicidad del Estado en el proceso histórico de la edad moderna. 3. La laicidad del Estado en el contexto de la autonomía del orden temporal y del orden político. 4. La definición Constitucional del Estado Español y la ausencia de una calificación desde el punto de vista religioso. 5. La laicidad en un Estado democrático que propugna la libertad y la igualdad. 6. La doble perspectiva del artículo 16 de la Constitución: libertad religiosa y sistema de relaciones entre el estado y las confesiones. 7. La laicidad del Estado en el artículo 16, número 3. 8. La creación de un Derecho Eclesiástico de carácter específico y diferenciado; su amparo Constitucional.

1. Introducción

Después de más de siglo y medio en que las diversas Constituciones españolas, con escasas excepciones[1] han proclamado de un modo u otro la confesionalidad del Estado, la Constitución de 1978 actualmente vigente parece abandonar esa confesionalidad[2] y asumir un planteamiento de sus relaciones con el orden religioso basado en la laicidad del Estado.

Aunque la Constitución española no proclama expresamente que el Estado español sea un Estado laico, así parece deducirse de su articulado y es una cues-

(*) Publicado en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado II (1986) 239-257. Publicado también en AA.VV., *Aspectos jurídicos de lo religioso en una sociedad plural* (en homenaje al profesor Lamberto de Echeverría), Salamanca 1987, 193-209.

1. Como es sabido, las dos únicas excepciones son la Constitución de 1868 y la Constitución de 1931. Por lo demás, ambas Constituciones estuvieron vigentes durante un período de tiempo muy corto.

2. Aunque no todos los autores acaban de aceptar esa afirmación si no es con una serie de matices. Pueden verse, por ejemplo, y como expresión de diversos puntos de vista: D. Llamazares – G. Suárez Pertierra, *El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico*, Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense 61 (1980) 33; 1. C. Ibán, *Grupos confesionales atípicos en el Derecho eclesiástico español vigente*, en *Estudios de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico* (en homenaje al profesor Maldonado), Madrid 1983, 287; L. Vicente y Cantin, *La confesionalidad genérica del Estado español*, Ibídem, 863-888.

ción que se da por supuesta en las diversas sentencias del Tribunal Constitucional que han tenido que referirse a ella al abordar deter minados casos sobre los que ha tenido que pronunciarse[3].

La noción de laicidad, sin embargo, no siempre se entiende de un modo unívoco por aquellos que la utilizan y es una de esas nociones cuya significación debe ser aclarada. La doctrina tiene todavía mucho que decir acerca de ella, y elaborar un concepto de laicidad a la altura de nuestro tiempo y teniendo en cuenta los datos que ofrece para ello la Constitución española me parece que es también uno de los retos a los que ha de hacer frente la incipiente Ciencia del Derecho Eclesiástico que ha surgido ya en nuestro país.

Con las consideraciones que siguen me propongo solamente prestar una modestísima contribución a ese empeño, confiando en que otros puedan aportar estudios mucho más profundos y extensos del que en esta ocasión me es dado realizar a mí.

2. La laicidad del Estado en el proceso histórico de la Edad Moderna

La laicidad aparece hoy como una característica con la que se suele calificar a bastantes de los Estados actuales. Se considera fruto de una evolución histórica que tiene su comienzo en la Edad Moderna, o incluso en los últimos siglos de la Edad Media, y cuyo contexto geográfico y cultural se sitúa especialmente en los países de Europa. Es indudable que el término «laico» tiene una procedencia eclesiástica vinculada al Derecho Canónico y, en general, a las diversas confesiones cristianas. En los países cristianos de la vieja Europa es donde empieza a desarrollarse también la idea de laicidad a través de un proceso que llega a nuestros días. A lo largo de ese proceso histórico la idea se va desarrollando y atraviesa diversas vicisitudes[4].

El *espíritu laico* aparece en la Baja Edad Media, pero es en el Renacimiento y, en general, en el llamado mundo moderno donde está destinado a desarrollarse. Tiene que ver con la autonomía que a partir de este período histórico comenzaron a cobrar los valores humanos y todo lo que podríamos llamar el orden temporal. En este sentido, el desarrollo de la laicidad del Estado tiene como telón de

3. Véase, por ejemplo, la sentencia de 13 de mayo de 1982, que es quizá aquella en que se ha abordado de un modo más directo el tema de la aconfesionalidad del Estado español. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional,* junio de 1982, especialmente 432-434.

4. Para un estudio acerca de la evolución histórica de la laicidad del Estado, puede verse O. Giacchi, *Lo Stato laico,* Milano 1978.

fondo el proceso de secularización que se inicia en la época moderna en relación con el mundo medieval[5].

El *proceso de secularización* afecta a los diversos sectores de la cultura y al plano de las ideas y del pensamiento, pero incide igualmente en las instituciones y estructuras de la sociedad. Afecta a la idea misma de Estado que, como es sabido, tiene su origen precisamente en este mundo moderno.

El *nacimiento del Estado,* como institución política dotada de unidad jurisdiccional y de soberanía, se ve afirmado paulatinamente a partir de la emancipación de las monarquías nacionales en relación con las dos potestades en las que se basaba todo el orden jurídico medieval: la potestad de la Iglesia y la potestad del Imperio[6].

La noción de *soberanía,* pergeñada ya tan claramente por autores como Bodin, se entiende sobre todo como aquella autonomía jurisdiccional de que goza el poder político frente a cualquiera otra instancia humana. La *Iurisdictio* suprema que en la cristiandad medieval habían ostentado el Papado y el Imperio, cada uno en su propio orden, queda traspasada así al Estado nacional de las monarquías europeas de la Edad Moderna. La noción de Estado soberano se va abriendo paso a lo largo de la Edad Moderna, cualesquiera que sean los sujetos que ostenten ese poder supremo, ya sean los príncipes y los monarcas de las naciones, ya sea la propia nación o el pueblo cuando aparezca la noción de soberanía nacional o popular a partir sobre todo de la Revolución Francesa[7].

Los Estados nacionales sustituyen así al Imperio y se convierten en las instituciones en las que reside la *Iurisdictio* en su grado máximo, como potestad de última instancia en el plano de lo temporal. Junto a esto se va produciendo también un repliegue de la jurisdicción eclesiástica en el que, además de la influencia que en ello tiene el proceso de secularización de las instituciones a lo largo de la época moderna, influye también la incidencia de la reforma protestante en aquellos países donde triunfa, con lo que supone la cesión a la competencia del Estado de competencias que hasta entonces habían correspondido a la potestad de jurisdicción de la Iglesia[8].

5. Sobre el movimiento de ideas que en la Baja Edad Media hace germinar el espíritu laico, vid. G. Legarde, *La naissance de l'esprit laique au declin du Moyen-Age,* Wien 1934.

6. La influencia del Derecho Canónico en la gestación de esa concepción moderna del Estado, que tiene como telón de fondo el sistema de relaciones entre las diversas potestades y jurisdicciones bajo-medievales, ha sido estudiada por Mochi Onory, *Fonti canonistiche del" idea moderna dello Stato (imperium spirituale-iurisdictio divisa-sovranità),* Milano 1951.

7. Sobre la noción de soberanía, vid. B. Jouvenel, *La Soberanía,* Madrid 1957.

8. La influencia de la reforma protestante en la política religiosa del Estado ha sido estudiada por D. Barillaro, *Societa civile e societa religiosa. Dalla riforma alla restaurazione,* Milano 1978, 12-24.

A partir del siglo XIX la noción de *Soberanía nacional o popular,* elaborada desde los presupuestos de la Filosofía de la Ilustración, se extiende a los diversos países de Europa, tras el triunfo de la Revolución Francesa. Es también a lo largo del siglo XIX cuando empieza a extenderse el uso del adjetivo «laico» por referencia especialmente al Estado, pero también en relación con otras instituciones a las que de un modo u otro se las intenta emancipar de las competencias que sobre ellas pudiera tener la autoridad eclesiástica, sobre todo las instituciones educativas. Se empieza a hablar así de *Estado laico* y de *enseñanza laica* por oposición a Estado confesional y enseñanza confesional.

Inevitablemente, en la dialéctica confesionalidad–laicidad propia del Estado liberal, la noción de laicidad asume un *significado reivindicativo,* esgrimido obviamente frente a la autoridad eclesiástica, que la colorean de matices de hostilidad y de agresividad contra el orden religioso en general y contra el orden Eclesiástico en particular. Los diversos países europeos conocen esta dialéctica y estas connotaciones del uso del término laico que llegan prácticamente hasta nuestros días[9].

Actualmente, sin embargo, la noción de laicidad vuelve a tener matices diferentes, en los que su significación negativa frente a lo religioso ha ido perdiendo terreno para ir siendo sustituida progresivamente por un *sentido distinto,* a tenor de los nuevos planteamientos del Estado en relación con lo religioso.

3. La laicidad del Estado en el contexto de la autonomía del orden temporal y del orden político

A partir de un cierto momento el propio *magisterio Eclesiástico* acepta el término, y Pío XII empieza a hablar de una «sana legítima laicidad del Estado» a la que no cabe oponer ningún reparo desde el punto de vista de la doctrina católica[10].

El Concilio Vaticano II, sin hablar expresamente de la laicidad del Estado, pone las bases sin embargo para elaborar una doctrina acerca de la laicidad

9. Para un estudio de la noción de laicidad y de Estado laico en los últimos siglos, puede verse F. Traniello, *Clericalismo e laicismo nella storia moderna*, en *Laicita. Problemi e prospettive,* Milano 1977, 113-140.

10. En su alocución de 23 de marzo de 1958, Pío XII se refiere a esa «legítima sana laicidad del Estado» como «uno de los principios de la doctrina católica», Acta Apostolicæ Sedis (1958) 220.

En relación con la evolución del Magisterio de la Iglesia Católica en torno a la valoración que le merece la laicidad del Estado, puede verse: A. Latreille, *La Iglesia Católica y el laicismo*, en *La laicidad,* Madrid 1963, 35-113; M. Condorelli, *Liberta della Chiesa e laicita dello Stato nel recente Magistero Ecclesiastico,* en *La Chiesa dopo il Concilio,* Milano 1972, 351-373.

perfectamente aceptable para el magisterio de la Iglesia[11], Esa doctrina tiene su fundamento en el *principio de la autonomía del orden temporal,* autonomía que, obviamente, el Magisterio de la Iglesia no la entiende en términos absolutos (el orden temporal se entiende todo él sometido a la ley divina tal como se estructura en el orden de la Creación), sino como sometimiento a sus propias leyes con la consiguiente independencia en relación con el orden Eclesiástico[12]. La laicidad del Estado es concebida, consecuentemente, como la *autonomía e independencia* de que goza el Estado, en cuanto institución del orden temporal, y *dentro de su propio campo,* en relación con la Iglesia[13].

Como consecuencia de este planteamiento se hace necesario distinguir entre orden jurídico y orden moral. Mientras en el plano jurídico se acepta la soberanía del Estado para autoorganizarse con independencia de cualquiera otra instancia jurídica humana, en el plano moral se entiende que el principio de autoorganización del Estado encuentra su límite en la ley moral tal como la establece el orden de la Creación. Y es aquí también, en el plano del orden moral, donde la Iglesia no renuncia a su competencia para dar su juicio moral y declarar así las exigencias de la ley natural, de la que el magisterio Eclesiástico continúa considerándose intérprete auténtico en cumplimiento de su misión divina[14].

Hasta qué punto la noción de laicidad que puede deducirse de la doctrina católica más reciente coincide con la que asumen los diversos Estados laicos de nuestra época sólo puede establecerse a partir de un análisis del ordenamiento jurídico concreto del Estado de que se trate. No cabe duda, sin embargo, que el Magisterio de la Iglesia ha tenido en cuenta la configuración actual del Estado a la hora de declarar su propia doctrina sobre lo temporal y que ha aceptado plenamente la autonomía e independencia de éste para organizarse y estructurarse como Estado. En este sentido también se han aceptado las legítimas consecuencias que comporta la «secularización» y la «laicidad» del mundo moderno, que no cabe confundir con sus connotaciones negativas, inaceptables para la Iglesia, designadas como «secularismo» y «laicismo»[15].

Si hacemos abstracción del sentido peyorativo y de las connotaciones negativas que en determinados momentos o circunstancias históricas ha podido tener la noción de «Estado laico», tras la toma de conciencia que supone la autonomía

11. Para el planteamiento que el Concilio Vaticano II hace de esta cuestión es capital la Constitución *Gaudium et Spes.*

12. *Gaudium et Spes,* n. 36.

13. Ibídem, n. 76.

14. Ibídem, n. 76.

15. Exhortación apostólica *Evangelii nuntiandi,* n. 54-56; en Acta Apostolicæ Sedis de 31 de enero de 1976, 43-46.

de lo temporal se puede decir que la laicidad del Estado es sencillamente una consecuencia del carácter profano y no sacro de la realidad estatal. El Estado, como realidad del orden natural, es por su misma naturaleza laico, en el sentido de que está sometido a sus propias leyes, como lo están igualmente las demás realidades del orden natural. La laicidad del Estado no es otra cosa que la autonomía de que goza éste para estructurarse y organizarse según las leyes que le son propias, leyes que en último término tendrán su fundamento en el orden natural y en la ley natural, pero sin que ello suponga una merma en la legítima autonomía de la que goza ese mismo orden.

La laicidad es, por tanto, una nota que está *implícita* en la noción misma del Estado como institución natural y hablar de un «Estado laico» no deja de ser una expresión redundante, si no fuera porque históricamente, y también en la actualidad, existen Estados que no responden exactamente al planteamiento que estamos tratando de delimitar. Cuando un Estado, sin embargo, ha cobrado conciencia de su soberanía e independencia como tal Estado, como realidad esencialmente autónoma por su propia naturaleza, el calificativo de laico sólo le añadiría una explicitación en relación con su independencia respecto a cualquier autoridad religiosa.

A diferencia del Estado confesional, el Estado laico no es sujeto de opciones religiosas. La religión afecta al plano de las personas y de la sociedad, y el Estado no tendrá otras competencias respecto a ella que la de ordenar sus manifestaciones sociales de acuerdo con los principios de justicia que deben inspirar cualquier ordenamiento jurídico.

4. LA DEFINICIÓN CONSTITUCIONAL DEL ESTADO ESPAÑOL Y LA AUSENCIA DE UNA CALIFICACIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA RELIGIOSO

Las consideraciones que anteceden nos permiten tratar ya de cómo contempla la Constitución española de 1978 el tema de la laicidad del Estado.

Ante todo hay que decir que en ninguna parte de nuestra Constitución se encuentra el término laicidad, ni se califica al Estado español con el adjetivo de Estado laico. Este término usado como sustantivo o como adjetivo no se utiliza nunca en la Constitución. La fórmula del artículo 16, 3, de la que se suele deducir la laicidad o la no confesionalidad del Estado no utiliza ese término y, por tanto, el significado de esta fórmula habrá que deducirlo a través de una interpretación que no sólo la considere aisladamente, sino teniendo en cuenta todo el contexto de la Constitución. Después nos referiremos a ella.

Hay que decir además que la Constitución española nos da una *definición del Estado* en la que tampoco se lo califica nunca desde el punto de vista religioso. En este sentido, como es sabido, el artículo 1, 1, es el que pretende definir jurídicamente qué sea el Estado español o, para decirlo más exactamente y con la misma precisión de la fórmula Constitucional, en él se nos dice cuál es la forma de Estado *en que se constituye España.* Según este artículo, «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político». Esta es la fórmula clave para definir al Estado español, y en ella *no hay una definición ni calificación del Estado desde el punto de vista religioso.*

Como es sabido, hubo, sin embargo, un intento de hacer una definición del Estado desde el punto de vista religioso. Fue en el borrador del texto Constitucional elaborado por la Ponencia encargada de redactar la Constitución. En aquel borrador se afirmaba en su artículo 3: «El Estado español no es confesional». Por su colocación sistemática dentro de la Constitución y por su propio tenor literal, esta fórmula pretendía evidentemente dar una definición del Estado desde el punto de vista religioso, a semejanza de como lo había hecho el artículo 3 de la Constitución de la República española de 1931, aunque evitando utilizar sus mismos términos («El Estado español no tiene religión oficial»)[16].

Sin embargo, y por razones que ahora no son del caso, esta fórmula no pasó del borrador del texto Constitucional, y no se encuentra ya en el Anteproyecto de Constitución publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978.

Con independencia de las razones que llevasen a no incluir en el texto Constitucional una definición religiosa del Estado, a mi juicio ha sido un acierto que esa definición no figure en la Constitución. Si de lo que se trataba, a juzgar por el texto del borrador redactado por la Ponencia, era de proclamar la no confesionalidad y laicidad del Estado, la declaración Constitucional hubiera supuesto una explicitación innecesaria y, como he afirmado antes, en cierto modo redundante. Es evidente que un *Estado democrático* que propugna como valores supremos, entre otros, *la libertad y la igualdad* (del individuo y de los grupos en que se integra), *por su propia naturaleza no es confesional,* salvo que expresamente y haciendo uso precisamente de su soberanía quiera declararse Estado confesional. Pero si no hace esta declaración expresa, se entiende que por su propia estructura

16. Un estudio sobre la evolución de los diversos textos que dieron lugar finalmente al artículo 16 de la Constitución española, a partir del Borrador y del Anteproyecto de Constitución, puede verse en J. J. Amorós Azpilicueta, *La libertad religiosa en la Constitución española,* Madrid 1984, especialmente 69-154.

democrática, tal como ésta es entendida hoy cuando se basa en la soberanía popular, el Estado es «naturalmente» un Estado laico, no confesional.

Esta laicidad o no confesionalidad del Estado «por omisión», por no declararse expresamente en nuestra Constitución que España es un Estado confesional, tiene la ventaja de evitar, sin inventarse ninguna fórmula, lo que probablemente se quiso también evitar cuando en el borrador de 1977 se sustituyó la fórmula del artículo 3.º de la Constitución de nuestra II República por la que utilizó la Ponencia que lo redactó. Es decir, se evita que la laicidad o no confesionalidad del Estado adquiera el matiz peyorativo y negativo respecto a lo religioso que haya podido tener en la época del Estado liberal o en otras circunstancias y momentos de nuestra historia, matiz que en el planteamiento de un Estado democrático actual no puede tener, y mucho menos tal como el Estado democrático se delinea en la Constitución española de 1978. La laicidad del Estado no es entonces una cualidad negativa del Estado para oponerse a la religión o para luchar contra ella de un modo más o menos confesado, sino que es sencillamente la *consecuencia natural de lo que el Estado mismo es.*

Esa «laicidad natural» del Estado es la que permite, a mi juicio, que el Estado adopte ante el factor religioso una actitud coherente con la propia naturaleza del Estado y con la naturaleza también de la religión. La religión y las creencias religiosas son un fenómeno que atañe a las personas y a la sociedad, no un factor estatal. Del mismo modo, lo propio del Estado es asegurar el bien común de la sociedad procurando establecer un orden social justo. Por tanto, será función suya asegurar y garantizar la libertad religiosa de las personas y de los grupos sociales cualquiera que sean las opciones que éstas, en el ejercicio de su libertad, hayan realizado. Por ser las personas y los grupos sociales constituidos en confesiones religiosas los sujetos naturales de la libertad religiosa, es a ellas a quienes corresponde el ejercicio de esta libertad a través de sus opciones. El Estado no es propiamente sujeto de esa libertad y, por tanto, no puede hacer opciones de este tipo, sino que su función consiste precisamente en asegurar que los verdaderos sujetos de esa libertad puedan realmente ejercitarla[17].

17. Sobre la consideración del factor religioso como factor social y sobre la incompetencia del Estado para ser sujeto de las opciones religiosas, vid. P. J. Viladrich, *Principios informadores del Derecho eclesiástico español*, en *Derecho Eclesiástico del Estado español*, Madrid 1983, especialmente 214-224.

5. La laicidad de un estado democrático que propugna la libertad y la igualdad

Volviendo de nuevo a la definición de Estado que proporciona el artículo 1, 1, de la Constitución española, parece claro que con ella no se ha pretendido hacer una calificación religiosa del Estado[18]. Sin embargo, según esa definición el Estado español es un Estado laico en el sentido en que venimos hablando. La laicidad es una *nota implícita en la definición del Estado español* cuando la Constitución afirma que es un Estado democrático que propugna como valores superiores, entre otros, la libertad y la igualdad[19]. Del modo como la Constitución entiende esa definición, a través del desarrollo que de esos conceptos hace en el resto del articulado, deriva claramente esa nota de laicidad a la que nos referimos.

Efectivamente, por lo que se refiere al concepto de *Estado democrático,* el mismo artículo 1, 2, explicita que «la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado». El pueblo español es, por tanto, un *pueblo soberano* y su soberanía no parece encontrar límite en ninguna otra instancia jurídica humana, sea política o religiosa. Todos los poderes del Estado emanan de él y, por tanto, es sólo ante el pueblo español ante quien deben responder del ejercicio de sus funciones, no ante ninguna instancia jurídica, ya sea política o religiosa. En todo caso, y por voluntad del pueblo español al aprobar la Constitución, estos poderes encuentran el lín1ite que les señala el artículo 10, 1, cuando se refiere a la *dignidad de la persona humana* y a los *derechos inviolables que le son inherentes* como fundamento del orden político. Esa dignidad y esos derechos inviolables resultan previos a la existencia misma de los poderes del Estado y, por tanto, son el límite Constitucional de su actuación, al mismo tiempo que la justifican y la legitiman siempre que se ejercitan de modo coherente con ese fundamento.

Basta poner en relación esta *soberanía del Estado democrático* con lo que más arriba decíamos acerca de la laicidad y sus relaciones con la autonomía del or-

18. Se plantea expresamente esta cuestión para responderla en el sentido apuntado en el texto, Amorós Azpilicueta. Vid. *La libertad religiosa en la Constitución española,* cit., 172-176.

19. Por eso la libertad y la igualdad, como afirma el Tribunal Constitucional, son también un parámetro para saber si las normas jurídicas se ajustan o no al principio de laicidad. Dice el Tribunal Constitucional: «El precepto constitucional en razón de su fin último nos ofrece un parámetro claro para inferir qué normas se ajustan y cuáles otras se desvían del principio aludido. Si hay lesión de la libertad o de la igualdad de los ciudadanos, habrá posibilidad de entender que el Estado ha rebasado los límites de su aconfesionalidad. Por el contrario, cualquier medida relacionada con lo religioso que no atente a las libertades fundamentales, ni infrinja de manera frontal el propósito inmediato del principio deberá considerarse ajustada al texto constitucional». Sentencia de 13 de mayo de 1982, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional,* junio de 1982, 433.

den temporal y del orden político para darse cuenta de que esa laicidad está implícita en la noción de soberanía propia del Estado democrático español.

La misma nota de laicidad deriva también de los valores de *libertad e igualdad* que propugna el Estado democrático español. La concreción de estos valores desde el punto de vista religioso se encuentra en los artículos 14 y 16 de la Constitución, que a la vez hay que situarlos en el contexto más general que proporciona el artículo 9, 2, cuando se refiere a la función de los poderes públicos en relación con la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra.

Según el artículo 16 de la Constitución, los *sujetos de la libertad religiosa* son el individuo y las comunidades (confesiones religiosas), no el Estado. La función del Estado es la de garantizar esa libertad a los individuos y a las confesiones, sin ser él mismo sujeto de las opciones religiosas; por tanto, sin coaccionar, sin sustituir y sin concurrir con los individuos y con las confesiones a la hora del ejercicio de esa libertad religiosa[20]. El Estado es, pues, *incompetente* para interferirse con su actividad en el libre ejercicio de esas opciones, que pueden desarrollarse en el máximo espacio de libertad posible, pues el único límite de sus manifestaciones es el orden público protegido por la ley. La intervención del Estado se limita precisamente a la salvaguardia de ese *orden público,* es decir, a hacer compatible: el ejercicio de la libertad religiosa con el ejercicio de los demás derechos y libertades garantizados también por la Constitución.

Al no ser el Estado sujeto de la libertad religiosa, ni sujeto de las opciones religiosas, carece de competencia para hacer valoraciones acerca del objeto de esa libertad y de esas opciones. La laicidad es también una consecuencia de esta incompetencia del Estado.

Finalmente, la laicidad está implícita también en la *igualdad* que se propugna para los individuos y los grupos en que se integra a la hora de ejercitar el Derecho a la libertad religiosa. Así resulta de una lectura de los artículos 14 y 16 puestos en relación con el 9, 2. Esa igualdad implica para el Estado reconocer a los individuos y a las confesiones religiosas la misma capacidad jurídica y de obrar en el ejercicio de la libertad religiosa, sin entrar a valorar el objeto de sus creencias como condición para ese reconocimiento, y dejando siempre a salvo las exigencias del orden público que el Estado debe proteger.

Hay que concluir, por tanto, que la laicidad del Estado no está expresamente declarada por la Constitución española, pero está *implícita* en la noción de Estado que configura la Constitución. El Estado español es laico por su propia estructura y por las funciones que debe cumplir según la Constitución. La acti-

20. P. J. Viladrich, *Derecho Eclesiástico del Estado español,* cit., 209-211.

tud de los poderes públicos ante el factor religioso no puede estar inspirada en la arbitrariedad, ni mucho menos en el sectarismo, sino orientada por el servicio a los valores superiores que se propugnan para nuestro ordenamiento jurídico: al garantizar la *libertad* e igualdad en materia religiosa sólo puede basarse en principios de *justicia.* El valor justicia señala también a los poderes públicos cuál es el ámbito en el que deben moverse a la hora de ejercitar sus competencias en materia religiosa. Existe también una cierta conexión orgánica entre la justicia que debe realizar el Estado y la laicidad.

6. La doble perspectiva del artículo 16 de la constitución: libertad religiosa y sistema de relaciones entre el Estado y las confesiones

¿Qué relación hay entre la laicidad del Estado y el artículo 16, 3, de la Constitución? Como es sabido, la doctrina española de Derecho Eclesiástico, con ciertas vacilaciones[21], hace derivar el principio de la laicidad del primer inciso del artículo 16, 3: «Ninguna confesión tendrá carácter estatal». Como he defendido más arriba la tesis de que el principio de laicidad, en cuanto tal, no está expresamente declarado en la Constitución, sino que es más bien una consecuencia implícita de su concepción del Estado, haré ahora algunas observaciones acerca del número 3 del artículo 16.

A mi juicio, y con independencia de cuál fuese la *intentio legislatoris,* que no acertó fácilmente a encontrar una fórmula que gustase a todos los grupos parlamentarios que intervinieron en la discusión del texto, lo que se declara propiamente en el artículo 16, 3, no es tanto el principio de laicidad del Estado como el *sistema de relaciones entre el Estado español y la Iglesia católica y las demás confesiones religiosas.* Así resulta del tenor literal del texto, que no habla expresamente de laicidad o de no confesionalidad del Estado, sino que se refiere: al Estado y a los poderes públicos, de una parte, y a las confesiones religiosas en general y a la Iglesia católica en particular, de otra.

Es indudable, sin embargo, que el texto ha explicitado algunas de las consecuencias que la laicidad del Estado tiene. Concretamente, ha explicitado qué consecuencias tiene esa laicidad en el punto que pretende regular, es decir, en el tema de las relaciones Estado y confesiones religiosas. Y al hacerlo, lo ha hecho de un modo que podrá considerarse más o menos afortunado, pero en todo caso lo ha hecho de una manera *realista)* atendiendo claramente a los *precedentes his-*

21. Véase lo dicho en la nota 2.

tóricos y a la *realidad social española.* La fórmula elegida fue también una evidente manifestación del consenso Constitucional.

Pero antes de hablar del número 3 convendrá hacer algunas precisiones en relación con el artículo 16 en general. El *artículo 16 de la Constitución* puede dividirse en *dos partes* perfectamente delimitadas a la hora de analizar su contenido. Dejando ahora aparte el tema de la libertad ideológica, al que también se alude en el número 1, el artículo 16 trata en sus números 1 y 2 de la libertad religiosa de los individuos y de las comunidades (en este caso, confesiones); y en el número 3 del sistema de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas. Sienta, por tanto, las bases de un sistema del Derecho Eclesiástico en el que se contemplan las *dos cuestiones claves del Derecho Eclesiástico* en un Estado democrático: de una parte, *la cuestión de la libertad religiosa,* referida tanto a su *dimensión individual como colectiva,* pues se considera expresamente que tanto el individuo como las comunidades pueden ser sujetos de la misma; y de otra parte, *la cuestión de las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica y las demás confesiones,* cuestión ésta que tiene un carácter más *institucional,* dado que los sujetos de la relación son ya aquí solamente la institución estatal, por un lado, y las instituciones religiosas, por otro.

De este modo, el artículo 16 ofrece los datos para elaborar en base a ellos una *doble perspectiva de Derecho Eclesiástico,* que no es excluyente, sino complementaria, y que de algún modo es la que caracteriza a dos importantes líneas doctrinales del sistema de Derecho Eclesiástico europeo: la línea italiana de Derecho Eclesiástico, centrada preferentemente en la perspectiva de la *legislatio libertatis,* y la línea de Derecho Eclesiástico alemana, orientada más bien en la perspectiva del sistema de relaciones entre el Estado y las Iglesias. En el artículo 16 de nuestra Constitución estas dos grandes perspectivas encuentran un claro *fundamento legal* y, además, no con un carácter excluyente entre ellas, sino más bien complementándose entre sí. Efectivamente, la libertad religiosa del individuo y de las confesiones aparece como el presupuesto para establecer, a partir de él, la cuestión más *específica e institucional* de las relaciones Iglesia–Estado y Estado-confesiones.

Este planteamiento del artículo 16 ha sido, a mi juicio, muy feliz y permite superar un planteamiento reductivo del Derecho Eclesiástico que sólo se ocupase de una de las perspectivas, omitiendo la otra. Con ello ha puesto unas bases muy propicias para que la doctrina pueda construir un sistema de Derecho Eclesiástico que sepa integrar las dos cuestiones y supere también en el plano doctrinal una consideración reductiva del sistema eclesiasticista. El artículo 16 resulta así una norma muy equilibrada en la que se da un tratamiento sobrio

y realista a las cuestiones básicas del Derecho Eclesiástico, y sólo resta esperar que la doctrina acierte a articular en base a él un sistema coherente del Derecho Eclesiástico español.

7. La laicidad del estado en el artículo 16, número 3

Volviendo de nuevo al número 3 del artículo 16 y a su relación con el tema de la laicidad del Estado, hay que decir también que, aunque propiamente no se expresa en él la laicidad del Estado, sino el sistema de relaciones entre el Estado y las confesiones, este sistema se establece en base a esa laicidad implícita del Estado español, y se dice en él cómo entiende el Estado español la laicidad en sus relaciones con la Iglesia Católica y demás confesiones. Vamos a analizar brevemente su contenido, sin pretender ser exhaustivos y sólo a los efectos que nos interesan.

Atendiendo a los dos incisos en que se divide esta norma, en el primer inciso se contempla un aspecto de las relaciones institucionales entre el Estado y las confesiones, y se nos dice que «ninguna confesión tendrá carácter estatal». Es muy posible que la razón de ser de este inciso fuese el deseo del legislador constituyente de proclamar la no confesionalidad del Estado, *evitando el matiz negativo* que pudieran tener fórmulas como la que se utilizó en el artículo 3 de la Constitución de la II República española («El Estado español no tiene religión oficial»). Sin embargo, la expresión utilizada, que quizá fue el fruto de una *perífrasis*[22], no afirma exactamente que el Estado español no es confesional, sino que las confesiones no tendrán carácter estatal.

Como ya he dicho antes, la Constitución *podría haberse ahorrado* este primer inciso, *por innecesario,* si lo que en él pretendía establecerse era la laicidad del Estado, pues el Estado español es laico por el simple hecho de no haberse proclamado expresamente Estado confesional. Pero quizá por no haberse tomado conciencia de ello, o quizá porque se quería dejar claro que la Constitución derogaba el precedente sistema de confesionalidad, se incluyó este inciso y se utilizó una perífrasis que en realidad no declara la no confesionalidad del Estado, que hubiese sido lo coherente si lo que se pretendía era derogar el anterior sistema de confesionalidad, sino más bien la no estatalidad de las confesiones, que es otra cosa diferente; así, esta expresión no resulta ya tan coherente, pues propia-

22. «Desafortunada perífrasis» fue la expresión que utilizó el senador don Carlos Ollero para calificarla, cuando se debatió el Proyecto de Constitución en el Senado. Citado por Amorós Azpilicueta, *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978,* cit., 143.

mente en nuestra historia política no ha existido el sistema de «Iglesia de Estado», que ha solido ser, en cambio, el sistema propio de los países protestantes.

Si quisiéramos hacer una exégesis meramente literal de la norma y exagerar un poco su desafortunada expresión, incluso podríamos decir que el Estado incurre en una especie de neojurisdiccionalismo, pues parece inmiscuirse en la esfera de las confesiones, indicándoles a éstas cómo tienen que estructurarse y organizarse. Parece, en efecto, que la norma va dirigida a las confesiones, que son el verdadero sujeto de la frase, y no al Estado; y parece prohibir a las confesiones que tengan carácter estatal, en lugar de ser el Estado quien se prohíba asimismo tener carácter confesional.

Sin embargo, una interpretación de esta norma acudiendo al entero sistema Constitucional y, por tanto, a la luz de la laicidad del Estado implícita en el mismo, nos lleva a una interpretación más congruente, según la cual lo que esa norma afirma realmente es el *carácter social y no estatal de las confesiones religiosas,* y como consecuencia de ello *la mutua independencia entre Estado y confesiones.* Según esta norma, las confesiones deben permanecer siempre en el ámbito de la sociedad y desarrollar sus funciones y actividades dentro siempre de ese ámbito, sin que puedan esas funciones o actividades ser absorbidas por el Estado mediante una confusión institucional que dañaría la autonomía e independencia del Estado o la autonomía e independencia de las confesiones. Es ésta una consecuencia concreta de la laicidad del Estado, que se explica todavía mejor si la examinamos en relación con el segundo inciso del número 3, como vamos a hacer a continuación.

El segundo inciso del número 3 del artículo 16 es también clave para conocer cómo entiende el Estado español la laicidad y, más en concreto, las consecuencias que de su concepción de la laicidad derivan para la Iglesia católica y las demás confesiones. La doctrina suele comentar este inciso para referirlo al principio de cooperación. Sin embargo, no siempre se repara suficientemente en la primera parte de ese inciso, pues la cooperación entre el Estado y las confesiones se manifiesta como una consecuencia de la obligación de los poderes públicos de *tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española.*

Como se dice literalmente «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española». Se trata de una norma que es previa al principio de cooperación y que obliga a los poderes públicos. ¿Cuál es su significado?

En primer lugar, la Constitución presupone que la religión y las creencias religiosas son un factor de la sociedad, no del Estado. Las creencias religiosas son el resultado del ejercicio de la libertad religiosa por parte de las personas y de las

opciones religiosas que cada uno libremente hace. Esas creencias se manifiestan en la sociedad, tanto individualmente como institucionalmente, a través en este caso de las confesiones religiosas.

En segundo lugar, esas creencias religiosas que se manifiestan en la sociedad no quedan relegadas exclusivamente al ámbito de la esfera privada de las personas, sino que se les atribuye relevancia pública: los poderes públicos han de tenerlas en cuenta. Ese tener en cuenta es un matiz importante para entender la *laicidad del Estado español.* La Constitución española ha rechazado un planteamiento de Estado laico que permitiese al Estado *la ignorancia* o *la indiferencia* ante el factor religioso de la sociedad: una actitud de ignorancia o de indiferencia por parte de los poderes públicos sería antiConstitucional.

Hay aquí, por tanto, un planteamiento de la laicidad del Estado que supera un modo de entender el Estado laico que fue más bien propio de la etapa liberal o de otras circunstancias distintas a las del Estado democrático que delinea la Constitución española; se rechaza así un Estado laico que relegase las creencias religiosas al ámbito de la esfera privada o que entendiese el principio de separación con las confesiones religiosas como desconocimiento e indiferencia ante las mismas.

El último apartado del número 3 del artículo 16 extrae la *consecuencia jurídica* de ese mandato Constitucional dirigido a los poderes públicos, ordenándoles que tengan en cuenta las creencias religiosas de la sociedad: las tendrán en cuenta para mantener las *consiguientes relaciones de cooperación* con la Iglesia Católica y las demás confesiones. Este último apartado añade nuevos matices al modo cómo la Constitución española entiende la laicidad del Estado. Esta no es concebida en forma negativa ni mucho menos en forma hostil a la religión, como también pudo entenderse en otras épocas históricas o es entendida incluso hoy en día por determinados Estados, sino que se concibe en forma *positiva.* La Constitución valora positivamente el ejercicio de la libertad religiosa como valora positivamente el ejercicio de cualquiera otra libertad. Pero en el caso específico de la libertad religiosa no lo hace sólo de un modo genérico, sino que dedica una parte de su normativa Constitucional acerca de esta libertad a ordenar expresamente una cooperación por parte de los poderes públicos.

En principio, siendo el Estado español un *Estado social,* que, de acuerdo con el artículo 9, 2, de la Constitución, ha de promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, los poderes públicos deben promover el ejercicio de todas las libertades. Por tanto, el hecho de que la promoción de la libertad religiosa haya sido expresamente contemplada cuando se ordena la cooperación con las confesiones,

reduplicando así lo que ya genéricamente establece el artículo 9, 2, indica la especial preocupación de nuestra Constitución por dejar claro que la laicidad del Estado no puede tener nunca una significación *negativa* ante el hecho religioso, ni tampoco puede justificar una *conducta pasiva* por parte de los poderes públicos, sino que éstos han de adoptar una *actitud activa y positiva* ante las creencias religiosas, que lleva consigo una cooperación con las confesiones.

8. La creación de un Derecho Eclesiástico de carácter específico y diferenciado: su amparo Constitucional

Por último, quisiera terminar estas consideraciones sobre la laicidad del Estado español aludiendo a la mención expresa de la Iglesia Católica en el texto Constitucional que estamos comentando. ¿Qué significado tiene esta mención?

Es sabido cómo esta cuestión ha sido examinada por la doctrina y se han dado diversas respuestas a la misma[23]. También es sabido cómo durante el debate parlamentario que precedió a la aprobación de la Constitución hubo resistencias por parte de algún grupo parlamentario para que esta mención se introdujese[24]. Parecía que con esta mención quedaba en entredicho la no confesionalidad del Estado o que podría ser el fundamento para atribuir determinados privilegios a la Iglesia católica con respecto a las demás confesiones.

A mi juicio, esa mención no significa ningún tipo de confesionalidad más o menos solapada, ni puede significar tampoco un fundamento para obtener privilegios. Para que un Estado democrático sea confesional debe declararlo expresamente y la mención de la Iglesia Católica que hace nuestra Constitución *no es una declaración expresa de confesionalidad*. En cuanto a que pueda legitimar posibles privilegios, me parece que tal posibilidad queda desechada desde el momento en que contrastaría con el principio de igualdad que inspira toda la normativa Constitucional y que incide también expresamente en materia religiosa si se ponen en relación los artículos 14 y 16 con el 9, 2.

La explicación de esa mención hay que buscarla, pues, por otro lado y nos parece que ello ayuda también a comprender mejor cuál es el significado de la laicidad del Estado.

23. Vid., por ejemplo, P. J. Viladrich, *Derecho Eclesiástico del Estado español,* cit., 230-236 y 257-259; V. Reina – A. Reina, *Lecciones de Derecho Eclesiástico español,* Barcelona 1983, 323-324; J. J. Amorós Azpilicueta, *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978,* cit., 170-172; I. C. Ibán – L. Prieto Sanchís, *Lecciones de Derecho Eclesiástico,* Madrid 1985, 86-87.

24. Las referencias del debate parlamentario en torno a esta cuestión pueden encontrarse en J. J. Amorós Azpilicueta, cit., 122-153.

Como puso de manifiesto el debate Constitucional, me parece que la explicación más sencilla de esa mención se encuentra en el simple hecho de hacer un *acto de reconocimiento* por parte de la Constitución *de la realidad histórica y social española en lo que se refiere a las creencias religiosas*[25]. Una Constitución no puede prescindir de la historia del pueblo para el que se hace, ni puede prescindir de la realidad social de ese pueblo. Se podría haber omitido el nombre de la Iglesia Católica y se podría haber hecho una referencia genérica a las confesiones como sujetos institucionales de la libertad religiosa y de la cooperación con los poderes públicos. Pero esa omisión podría haber sido fácilmente interpretada como un silencio elocuente, manifestativo de una concepción de la laicidad del Estado que no acaba de superar el prejuicio laicista, que se resistiría a reconocer el factor religioso tal como se da en la historia y en la sociedad. No debe olvidarse que la Iglesia Católica no es simplemente una confesión religiosa, sino una *institución* cuya singular relevancia en la historia de España, como pueblo y como nación, difícilmente puede encontrar parangón con ninguna otra institución española, ni siquiera con aquellas que son designadas expresamente en nuestra Constitución.

¿Significa esto una quiebra del principio de igualdad y no discriminación en relación con otras confesiones religiosas o en relación con otras instituciones en general?

Como es bien sabido, el concepto de igualdad que se ha perfilado en la jurisprudencia de aquellos ordenamientos jurídicos que tratan de armonizar al máximo las exigencias de la igualdad y de la libertad, y que están localizados en los países más democráticos, *la igualdad jurídica no prohíbe la diferencia de trato y de regulación* cuando ésta tiene un *fundamento objetivo y razonable.* Es más, cuando existen esos motivos razonables puede ser una exigencia de la igualdad y de la justicia establecer esa diferencia de trato o de regulación[26].

25. En este punto coincidieron representantes de los diversos Grupos Parlamentarios tan diferentes entre sí como puedan serlo don Manuel Fraga y don Santiago Carrillo. Para Fraga, lo que se pide es un «mero reconocimiento histórico y sociológico de una gran realidad»; la mención contiene «una referencia al hecho indudable, histórico y sociológico, de que España es un país cristiano, y, dentro de eso, un país católico». Para Carrillo, «lo que hay es reconocimiento de que en este país la Iglesia Católica, por su peso tradicional, no tiene, en cuanto fuerza social, ningún parangón con otras confesiones igualmente respetables». Las citas se toman de J. J. Amorós Azpilicueta, *La libertad religiosa en la Constitución española de 1978,* cit., 127, 130 y 132.

26. Como señala una sentencia del Tribunal Constitucional: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el artículo 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El artículo 14 del Convenio Europeo –declara el mencionado Tribunal en varias de sus sentencias– no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y

Me parece que la Constitución española no ha hecho otra cosa sino reflejar normativamente, en relación con el sistema de relaciones entre el Estado y las confesiones, ese modo de entender la libertad y la igualdad al que se refiere la jurisprudencia Constitucional y ordinaria en los países democráticos. Por eso no pueden derivarse consecuencias jurídicas de privilegio por la mención de la Iglesia católica que se hace en el artículo 16, 3. Pero sí hay ahí un *fundamento Constitucional* en el sentido apuntado por esa doctrina jurisprudencial antes mencionada, según el cual será muchas veces exigencia de la justicia, y no supondrá discriminación, un desarrollo normativo de la Constitución referente al factor religioso que tenga presente esas circunstancias objetivas, que exigen diferencia de regulación y de trato en relación con las diferentes Confesiones[27].

Lo cual, en la práctica, me parece que aboga en favor de un *Derecho específico* como forma jurídica de instrumentar las relaciones de cooperación entre el Estado español y la Iglesia Católica y demás confesiones. Ese Derecho específico será la forma de captar mejor las indudables diferencias objetivas que ofrecen las circunstancias de la sociedad española y se podrá responder de modo coherente al planteamiento positivo que la laicidad del Estado tiene en nuestra Constitución. Así ha sido entendido ya en estos primeros años de desarrollo normativo de la Constitución y así deberá seguir haciéndose en adelante ese desarrollo, de modo que se profundice cada vez más en todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan para los diversos sectores normativos de nuestro Derecho Eclesiástico.

El *objeto de ese Derecho específico,* tal como puede ser deducido del artículo 16 de nuestra Constitución, habrá de estar orientado siempre a garantizar la *libertad de la Iglesia y de las demás confesiones* reconociendo su *independencia y autonomía* con respecto al Estado, y a establecer una *cooperación* cuya finalidad principal será también la de promover y fomentar las condiciones para que el ejercido de esa libertad sea real y efectivo, removiendo los obstáculos que impidan o difi-

libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida». Sentencia de 2 de julio de 1981, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional,* agosto de 1981, 250. En sentido parecido se expresan otras sentencias de nuestro Tribunal Constitucional como, por ejemplo, las de 10 de noviembre de 1981 o la de 3 de agosto de 1983.

27. Esa diferencia de regulación para tener en cuenta circunstancias sociales de diversa relevancia es contemplada directamente en la sentencia del Tribunal Constitucional del 21 de diciembre de 1982. La sentencia afirma que: «el artículo 14 no impide la existencia de disciplinas normativas diferentes, siempre que los supuestos de hecho… sean asimismo diferentes, y para enjuiciar la diferencia… debe partirse del carácter razonable, y teleológicamente fundado, del factor a través del cual la diferenciación se introduzca».

culten su plenitud. Para ello, deberá tener en cuenta la realidad social e histórica de la Iglesia Católica y de las demás confesiones, atendiendo a su propia identidad y naturaleza como instituciones religiosas, tal como ellas se consideran así mismas, y atendiendo también al modo propio y peculiar que puedan adoptar al relacionarse con el Estado.

Me parece que estas son las consecuencias principales que derivan del modelo de Estado laico delineado por la Constitución española, en la que la laicidad no es más que una nota implícita a su verdadero objetivo: constituir a España en un Estado social y democrático de Derecho, con todas las consecuencias que de ahí derivan, también en materia religiosa.

5

LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN EL DERECHO ECLESIÁSTICO DEL ESTADO ESPAÑOL*

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto de asistencia religiosa. 3. La asistencia religiosa en nuestro Derecho histórico. 4. La asistencia religiosa en el Derecho Comparado. 5. Derecho español vigente sobre asistencia religiosa: 5.1. Fuentes. 5.2. La naturaleza jurídica de la asistencia y su fundamento. 5.3. Los principios que la rigen. 5.4. Consecuencias jurídicas.

1. Introducción

La asistencia religiosa que las Iglesias y Confesiones prestan a sus miembros plantea una serie de interesantes problemas jurídicos que han de ser objeto, indudablemente, de uno de los capítulos del Derecho Eclesiástico del Estado. Su importancia radica en que, no solamente está en juego el interés de las Instituciones religiosas, para proporcionar a sus miembros la debida atención en el cumplimiento de sus finalidades, sino también el interés de las personas en la satisfacción de uno de los derechos que derivan del ejercicio de su libertad religiosa. Está en juego, por tanto, la satisfacción de una de las manifestaciones de un Derecho fundamental que corresponde, de un modo directo a las personas individuales, y de un modo indirecto a las Confesiones religiosas.

La regulación de la asistencia religiosa por el Derecho Eclesiástico del Estado plantea, ante todo, el problema de su *fundamento y legitimidad.* ¿Tienen las personas y los ciudadanos un Derecho ante el Estado a ser asistido por las Confesio-

(*) Publicado en Persona y Derecho 11 (1984) 211-244.
Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación «incidencia de la Constitución de 1978 en la regulación del derecho de libertad religiosa», en cuya financiación participa la Comisión Asesora de Investigación Científica y Técnica (Nº Ref 0165/81).

nes religiosas a que pertenecen? Todavía más: ¿tienen Derecho a que el Estado facilite esa asistencia y establezca los medios y medidas que sean necesarios para hacerla posible?

En segundo lugar, en el supuesto de que respondiésemos afirmativamente a esas preguntas, está el problema de la *organización por parte del Estado de esa asistencia.* ¿Cuál es su organización más adecuada, teniendo en cuenta la libertad e igualdad de todos los ciudadanos? ¿Cuál es su organización más congruente con la propia actitud que el Estado adopta ante el hecho religioso, teniendo en cuenta que puede ser muy distinta según se trate de un Estado confesional, de un Estado laico, o de un Estado laicista, en el supuesto de que este último admitiese un Derecho a la asistencia religiosa?

Todas estas preguntas, y otras que podrían añadirse, ha de resolverlas el Derecho Eclesiástico y, al hacerlo, dará la medida de su capacidad para responder a los problemas reales que afectan a los intereses religiosos de la sociedad a la que debe servir.

De otra parte, la cuestión de la asistencia religiosa pone en juego *toda la normativa del Derecho Eclesiástico,* desde los principios Constitucionales y principios generales del Derecho Eclesiástico, hasta las disposiciones reglamentarias o administrativas más concretas, que son muchas veces las que, al regular los detalles, manifiestan la real operatividad y eficacia de aquellos principios. Asimismo, la posibilidad de elaborar un capítulo específico sobre la asistencia religiosa puede poner también de manifiesto el grado de madurez alcanzado por la doctrina eclesiasticista[1], además de la existencia de un Derecho específico sobre el factor religioso, en sus diversas manifestaciones.

Dicho esto, se comprenderá bien la dificultad del tema en sí mismo considerado, si se tiene en cuenta que el Derecho Eclesiástico del Estado español no está aún plenamente desarrollado en la normativa que ha de aplicar hasta sus últimas consecuencias los principios Constitucionales. A esta dificultad se añade la práctica inexistencia de bibliografía y de estudios sobre la cuestión, en lo que se refiere a la doctrina eclesiasticista española, si exceptuamos, quizá, algunas páginas de López Alarcón sobre el interés religioso en relación con la asistencia, y un reciente artículo de Giraldez sobre la asistencia religiosa de las Fuerzas

1. Esta madurez se comprueba, por ejemplo, en la doctrina italiana, cuyos *Manuales de Derecho Eclesiástico* dedican algún capítulo específico a tratar el tema de la asistencia religiosa con sus diversas manifestaciones. Vid., por ejemplo, Del Giudice, V., *Manuale de diritto ecclesiastico,* Milano 1970, 197-200; Jemolo, C. A., *Lezioni di diritto ecclesiastico,* Milano 1975, 499-506; Petroncelli, M., *Diritto ecclesiastico,* Napoli 1977, 92 y ss.; Vitale, A., *Ordinamento giuridico ed interessi religiosi,* Milano 1979, 71-75; Lariccia, S., Diritto *Ecclesiastico,* Padova 1982, 156-161.

Armadas[2]. Hay también algún estudio de Mostaza y de Martínez Fernández sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, pero su enfoque temático no es tanto desde el punto de vista de la asistencia religiosa como Derecho de la persona, cuanto desde el punto de vista de la organización de ese servicio por la Iglesia Católica, en concreto a través del Vicariato Castrense[3].

2. Vid. López Alarcón, M., y otros autores, *Derecho Eclesiástico del Estado español,* Pamplona 1980, 558-562; Giraldez, A., *Consideraciones sobre la reforma del régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas,* Ius Canonicum XXII, 43 (1982) 165-185. Además, con carácter informativo, está el artículo de Iribarren, J., *Asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y en instituciones públicas y privadas,* en *Problemas entre Iglesia y Estado. Vías de solución en Derecho Comparado,* Madrid 1978, 89-103.

La escasa atención que la doctrina española ha prestado al tema contrasta con la abundante bibliografía italiana sobre la cuestión. Ello pone de manifiesto el diferente grado de desarrollo alcanzado por el Derecho Eclesiástico en uno y otro país.

Entre los estudios dedicados por autores italianos a los diversos aspectos de la asistencia religiosa se encuentran los siguientes:

a) Sobre la *asistencia religiosa, en general:* De luca, L., *Assistenza religiosa,* en *Enciclopedia del diritto,* III, Milano 1958, 754-755; Coletti, G., *Considerazioni su alcuni problemi relativi all'assistenza religiosa,* en *Studi per la revisione del Concordato,* Padova 1970, 733 y ss.; Severi, F. S., *Osservazioni in tema di assistenza religiosa ed abrogazione del Concordato,* en *Individuo, gruppi, confessioni religiose nello Stato democratico,* Milano 1973, 1.271-1.283; Lariccia, S., *L'assistenza spirituale,* en *La revisione del Concordato alla prova;* Bologna 1977, 243-258; Tozzi, V., *L'assistenza religiosa come servizio della pubblica amministrazione fra principi costituzionali e revisione del Concordato,* en *Studi di dirito eclesiástico e canonico,* Napoli 1981, 355-378; Id., *L'asistenza spirituale fra libertá religiosa e principio partecipativo,* en *Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica,* Milano 1981, 1.283-1.331;

b) Sobre *asistencia religiosa a las fuerzas armadas,* vid. Cornagia Medici, G., *L'assistenza religiosa alle forze armate dello Stato,* Saronno 1933; Giacch, O., *Cappellani militari,* en *Nuovo Digesto italiano,* II, Torino 1937; Ferraboschi, M., *Cappellano militare,* en *Enciclopedia del diritto,* VI, Milano 1960; Croso, N., *Figura giuridico-ecclesiastica del cappellano militare delle forze armate italiane,* Il Diritto Ecclesiastico, I (1960) 123-137; Bachelet, V., *Disciplina militare e ordinamento giuridico,* Milano 1962; Milano, G. P., *Cappellani militari,* en *Novissimo Digesto italiano*, Appendice I, Torino 1980.

c) Sobre la *asistencia religiosa en instituciones penitenciarias,* vid. Grasso, C. F., *Sulle premesse costituzionali in ordine al problema dell'assistenza carceraria,* Rassegna di studi penitenziari (1955) 747 y ss.; Seitz Ursino, M., *La libertá religiosa e la posizione giuridica dei detenuti,* Il Diritto Ecclesiastico, II (1967) 368-378; Onida, V., *Sulla «disapplicazione» dei regolamenti inconstituzionali (a proposito della libertá religiosa dei detenuti),* Giurisprudenza costituzionale, I (1968) 1.032 y ss.; Governatori Renzoni, L., *La liberta religiosa negli istituti di prevenzione e pena,* Il Diritto ecclesiastico, II (1968) 288-314;

d) Sobre *asistencia religiosa en instituciones sanitarias,* vid, Finocchiaro, F., *Convenzioni tra enti religiosi ed enti ospedalieri,* Il Diritto ecclesiastico, II (1967) 69-83; Anelli, C., *Stato giuridico del personale di assistenza religiosa negli ospedali,* Fatebenefratelli (1971) 249 y ss.; Mirabelli, C., *L'asistenza religiosa negli ospedali,* Citta e Regione (1976) 213 y ss.; Vitale, *A., Assistenza religiosa e diritto del lavoro,* Il Diritto ecclesiastico, II (1979) 374-377.

Sobre estos mismos temas en la literatura italiana, pueden consultarse también los dos amplios repertorios bibliográficos de Lariccia, donde se ofrece una detallada reseña, clasificada por autores y por temas, de los estudios aparecidos desde 1929 hasta 1979. Vid. Lariccia, S., *Diritto ecclesiastico italiano. Bibliografía 1929-1972,* Milano 1974; id., *Diritto ecclesiastico italiano e comparato. Bibliografía 1973-1979*, Perugia-Firenze 1981.

3. Vid. Mostaza, A., *Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos de 3 enero de 1979,* lus Canonicum 19 (1979) 343-414; *Organización de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas,* en *Los acuerdos entre la Iglesia y España,* Madrid 1980, 645-677; *La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos*

2. El concepto de asistencia religiosa

La carencia bibliográfica a que acabo de aludir hace necesario iniciar este estudio sobre la asistencia religiosa tratando previamente acerca del contenido de este concepto. Así estableceremos una previa delimitación del tema, pues las actividades asistenciales de las Confesiones religiosas pueden referirse a otras manifestaciones distintas de las que ahora tratamos de estudiar, y ello podría provocar equívocos, al unir materias cuya naturaleza y régimen jurídico son distintos. En este punto, los *títulos* de los estudios consagrados a esas diversas manifestaciones asistenciales pueden inducir a error, si no se está precavido sobre ello[4].

Por asistencia religiosa en general hay que entender aquellos servicios y actividades de atención, que las Iglesias y Confesiones religiosas prestan a sus miembros para la realización de los fines religiosos. Sin embargo, cuando en Derecho Eclesiástico se habla de asistencia religiosa, nos estamos refiriendo a la *regulación* que de esos servicios y actividades hace el *Derecho del Estado.* Según sea la actitud del Estado ante el hecho religioso, así será la consideración jurídica que tendrá la asistencia. Si esa actitud es positiva y de promoción del ejercicio de la libertad religiosa, la asistencia puede tener la consideración de un Derecho subjetivo de la persona y del ciudadano, como ocurre en nuestro actual Derecho Eclesiástico.

Con ello queda claro, que cuando hablamos de asistencia religiosa, no nos estamos refiriendo a las posibles *actividades asistenciales de otro tipo,* que pueden promover también las Confesiones religiosas. Así, por ejemplo (y se trata de un ejemplo típico, que conviene diferenciar desde el principio del tema al que nosotros nos referimos), el caso de las actividades asistenciales de beneficencia, que desde hace siglos, y también ahora, promueven algunas Confesiones religiosas, y especialmente la Iglesia Católica, que tan pródiga ha sido en este tipo de iniciativas, a través de las diversas fundaciones e instituciones constituidas para ese fin. Incluso hubo un tiempo en que fue la Iglesia quien principalmente las promovió, hasta que poco a poco el Estado fue haciéndose cargo de ellas,

y religiosos, en *Iglesia y Estado en España,* Madrid 1980, 245-267; Martínez Fernández, L., *La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y el servicio militar de clérigos y religiosos,* Revista española de Derecho Canónico 36 (1980) 451-469.

4. Un ejemplo típico de lo que queremos decir son los libros de Dalla Torre, G., *L'attività assistenziale delta Chiesa nell'ordinamento italiano. Aspetti dogmatici e spunti ricostruttivi*, Milano 1979; y Tozzi, V., *Riforma amministrativa ed interessi religiosi. Il dibatitto su assistenza e beneficenza*, Napoli 1981. Estos libros no tratan de la asistencia religiosa, como pudiera parecer por su título, sino de las actividades de beneficencia que desarrollan las instituciones de la Iglesia.

sustituyendo así a la Iglesia en una actividad que no es la que principalmente le corresponde, aunque tenga que ejercitarla siempre como una manifestación de caridad y misericordia con los más indigentes. Por lo tanto, queda claro que la regulación de la asistencia religiosa tiene distinto régimen que la regulación de la *asistencia social y beneficencia,* que también pueden ejercitar las Confesiones religiosas[5].

Pero aún hay un *significado más estricto* de la asistencia religiosa. Se trata de aquel tipo de asistencia que facilita el Estado, a las personas que se encuentran en determinadas situaciones que hacen difícil, o incluso imposible si el Estado no colaborase, el ejercicio del Derecho de libertad religiosa. Cuando las personas padecen una limitación en el ejercicio de su libertad, por hallarse en tales situaciones, el Estado se ve obligado a establecer los medios necesarios para que el ejercicio de la libertad religiosa no se vea impedido, ni se produzca una discriminación a la hora de ejercitar los derechos fundamentales, que se reconocen y garantizan a todos los ciudadanos. Me estoy refiriendo, como ya se habrá adivinado, a aquellas *situaciones típicas* en que se encuentran las personas, mientras permanecen en determinados centros o establecimientos, como pueden ser los establecimientos militares, penitenciarios, asistenciales, sanitarios y centros similares[6].

Esta significación más estricta del concepto de asistencia religiosa hay que situarla en el contexto del moderno *Estado social de Derecho.* A diferencia del Estado liberal, que entendía lo derechos y libertades públicos en un sentido meramente formal, y no se preocupaba demasiado del ejercicio efectivo de tales derechos y libertades, el Estado social o de «asistencia social» considera que, tan importante como el reconocimiento y declaración formal de los derechos, es su efectiva consecución y uso por quienes son sus titulares. Para hacer posible ese goce de los derechos, se ve obligado a remover los obstáculos que impidan su ejercicio, y promover las condiciones que lo hagan posible. Se pasa así de una concepción meramente negativa de la libertad, entendida como simple inmunidad de coacción

5. Sobre las *actividades asistenciales de beneficencia* que lleva a cabo la Iglesia Católica, antes y después de los Acuerdos entre Estado español y Santa Sede, puede verse, respectivamente: García Barberena, T., *Criterios para una relación adecuada entre la Iglesia y el Estado en materia de obras benéficas y asistenciales,* en *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad,* Salamanca 1978, 143-153; De Prada, J. M., *Actividades benéficas y asistenciales de la Iglesia,* en *Acuerdos entre la Iglesia y España,* cit., 265-291. Una amplia bibliografía sobre el tema de asistencia social y beneficencia desarrollada por la Iglesia, se ofrece en el libro de Tozzi, V., *Riforma amministrtiva ed interessi religiosi. Il dibatitto su assistenza e beneficenza,* cit., 151-159.

6. Este significado más estricto de la asistencia religiosa fue puesto de manifiesto hace ya algunos años especialmente por De Luca. Vid. De Luca, L., *Assistenza religiosa*, en *Enciclopedia del Diritto*, III, 796-799.

que el «Estado policía» debe proteger, a un concepto positivo, en virtud del cual el Estado debe realizar también una función de promoción y fomento, proporcionando los medios que la hagan realmente posible para todos los ciudadanos[7].

En este contexto hay que situar, pues, la asistencia religiosa, que viene encuadrada así como una de las manifestaciones típicas de esa asistencia social de carácter general, que el Estado ha de prestar en beneficio de los intereses sociales.

Para terminar de pergeñar el concepto de asistencia religiosa, creo que no será ocioso subrayar un matiz que considero interesante para evitar posibles equívocos. El matiz es éste: la asistencia religiosa que el Estado facilita, es una de las manifestaciones peculiares de esa asistencia general, que presta en favor de los ciudadanos. Pero, a diferencia de otras manifestaciones de asistencia estatal, quien realmente presta la asistencia de un modo directo no es el Estado, sino las Confesiones religiosas. De tal manera, que el Estado es más bien un *intermediario,* que hace posible y facilita la prestación de ese servicio. En realidad, el sujeto que presta el servicio son las Confesiones religiosas, y su destinatario son las personas individuales. Y ello es así de tal modo que en aquellos ordenamientos jurídicos en que la asistencia sea configurada como un Derecho, tanto de los ciudadanos a recibirlo como de las confesiones religiosas a prestarlo, el Estado estará obligado por un *doble motivo* a poner los medios para que la asistencia religiosa sea posible.

Otra consecuencia será que, por no ser el Estado quien presta la asistencia propiamente dicha, para la satisfacción de los intereses religiosos de los ciudadanos se necesita el *doble concurso* de ambas instituciones, el Estado y las Confesiones religiosas. Concurso que requiere una indudable *cooperación,* y sólo a través de ésta sería posible, especialmente en las situaciones típicas a que antes he aludido, la efectiva realización de los intereses religiosos de la Sociedad. A su vez, esta cooperación exigirá una delimitación de campos, puesto que aunque el sujeto destinatario del servicio de asistencia es el mismo, el ciudadano en el ejercicio de su Derecho de libertad religiosa, las entidades que colaboran para satisfacer su interés tienen distinta naturaleza, y funciones y actividades diferentes, que deben ser cuidadosamente distinguidas por el Derecho Eclesiástico. No sería correcto, por ejemplo, especialmente en el caso de un Estado no Con-

7. Sobre el moderno Estado social en relación con el fenómeno religioso y los valores de la religión, puede verse Moneta, P., *Stato sociale e fenomeno religioso,* Milano 1979.

Las exigencias a que nos referimos en el texto han sido acogidas normativamente por la Constitución española de 1978, que en su art. 1 afirma que «España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho», y en su art. 9,2 desarrolla algunas consecuencias en relación con la libertad e igualdad de personas y grupos. Un comentario sobre este tema en la Constitución española, se encuentra en Ballesteros, J., *Los principios básicos de la Constitución (1): El Estado social y democrático de Derecho,* en *Estudios sobre la Constitución española,* Valencia 1980, 37-44.

fesional, considerar que la asistencia religiosa en cuanto tal es una de las funciones del Estado, puesto que el Estado es incompetente en materia religiosa, y la prestación del servicio religioso es tarea exclusiva de las Iglesia y Confesiones.

La regulación del Derecho a la asistencia religiosa proporciona así un buen campo de experimentación, para proceder a esa distinción entre la esfera religiosa y la esfera estatal, al mismo tiempo que permite conocer su íntima conexión en la persona del ciudadano, cuando es a la vez miembro de ambas instituciones.

3. La asistencia religiosa en nuestro Derecho histórico

Antes de tratar de la regulación de la asistencia religiosa en nuestro Derecho vigente, convendrá hacer una breve referencia al Derecho histórico y al Derecho comparado. Con ello contribuiremos a despejar posibles malentendidos.

A nuestro *Derecho histórico,* para recordar que la asistencia religiosa en los tres sectores típicos que vamos a considerar (Fuerzas Armadas, instituciones penitenciarias y centros asistenciales y hospitalarios) no es una figura surgida al calor del Concordato de 1953, cuando las relaciones Iglesia–Estado en España atravesaban por un momento de particular colaboración.

Al *Derecho comparado,* para evitar el equívoco que nos llevase a pensar que la asistencia religiosa es una figura típica de un régimen de confesionalidad del Estado, o de un régimen que, siendo su heredero inmediato, no ha logrado aún desarrollar plenamente el principio de no confesionalidad. También los Estados laicos y con un régimen de separación Iglesia–Estado reconocen y garantizan el Derecho a la asistencia religiosa, a veces incluso al nivel de las normas Constitucionales del Estado.

Por lo que se refiere a nuestro Derecho histórico, la *asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas* tiene orígenes inmemoriales en la Historia de España. Para ceñirnos solamente al inicio de una asistencia organizada, podemos decir que surge con la existencia de un ejército permanente, que en nuestro país se remonta a los famosos Tercios de Flandes, creados por Carlos I en 1534, asignándoles un Capellán Mayor en la Plana Mayor, y un capellán menor en cada Compañía. A finales del siglo XVI, algunos Breves pontificios conceden una jurisdicción eclesiástica especial a los arzobispos de Cambrai y de Malinas para nuestros Tercios de los Países Bajos, pudiendo decirse que comienza entonces el Vicariato castrense español, considerado el más antiguo del mundo[8].

8. Cfr. Mostaza, A., *La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de los clérigos*, en *Iglesia y Estado en España. Régimen jurídico de sus relaciones*, cit., 243.

En sucesivos breves pontificios se fue delimitando el ámbito de facultades y el tipo de personas que caían bajo esta jurisdicción. Entre ellos, podría destacarse el breve *Quoniam in exercitibus* del Papa Clemente XII, quien en 1736 concede al Capellán Mayor de los ejércitos jurisdicción eclesiástica exenta y permanente, para ejercerla sobre los militares y sobre cuantas personas de uno y otro sexo pertenezcan a los ejércitos reales[9].

A finales del siglo pasado se creó el Cuerpo Eclesiástico del Ejército, que en 1900 fue asimilado a los distintos grados de la jerarquía militar[10]. El clero castrense ha sufrido dos supresiones, la primera en 1873, durante la 1 República, no se llevó definitivamente a cabo, y 1a Segunda en 1932, durante la II República, que sí lo suprimió de un modo efectivo[11].

La *asistencia religiosa en los establecimientos penales* se remonta también a épocas muy antiguas, y especialmente se intensifica cuando los diversos sistemas de reforma penal dan cabida a la educación moral y religiosa, como uno de los ingredientes más importantes para la reforma de los reclusos. La Historia de los establecimientos penitenciarios registra al Hospicio de San Miguel (fundado por el Papa Clemente XI en 1704, en la ciudad de Roma, para la reclusión de jóvenes penados, cuya reforma moral y religiosa se encomendó a una Orden de la Iglesia), como un modelo imitado en otros lugares, que ejerció decisiva influencia en los diversos sistemas penitenciarios[12].

En España, el cuerpo de prisiones, creado por Real Decreto de 23 de junio de 1881, es uno de los más antiguos que registra nuestro Derecho Administrativo. Este cuerpo tenía una sección facultativa, que incluía ya lo que hoy son los Capellanes de las Instituciones penitenciarias. Suprimido el Cuerpo de Capellanes en 1931, fue restablecido por Decreto en 1943. El Reglamento de los servicios de

9. Especial interés tiene también el Breve de Inocencio X *Cum sicut Maiestatis tuæ,* de 26 de septiembre de 1644, que concedió a los Capellanes mayores de los Ejércitos de Felipe IV, jurisdicción eclesiástica sobre cuantas personas vivan y se encuentren en los campamentos o en los Ejércitos, mientras durasen las guerras contra Portugal. La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas se configura así históricamente como un privilegio pontificio del Rey de España.

10. Esta asimilación se fue produciendo progresivamente a lo largo del siglo XIX, pero la asimilación total no se produjo hasta el Real Decreto de 11 de abril de 1900, cuyo art. 2 establecía que «se asimilan sus categorías a las del Ejército en la forma siguiente: Teniente Vicario de primera, asimilado a Coronel… etc»..

11. Un resumen de la evolución histórica del Vicariato Castrense español, documentado en las fuentes, puede encontrarse en Mostaza, A., *Organización de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas,* en *Acuerdos entre la Iglesia y España,* cit., 645-649; un estudio más desarrollado, en el artículo del mismo autor: *Acuerdo entre el Estado español* y *la Santa Sede sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas* y *servicio militar de clérigos de* 3 *de enero de 1979,* cit., 343-374.

12. Vid. Cuello Calón, E., *Derecho Penal,* I, Barcelona 1964, 785. Véase también la nota bibliográfica allí citada.

prisiones de 2 de febrero de 1956 establecía minuciosamente sus obligaciones en el art. 383 [13].

Finalmente, por lo que se refiere a la *asistencia religiosa en los Hospitales y otros centros de Beneficencia,* sus orígenes son tan antiguos como los de la Iglesia Católica, puesto que las actividades de Beneficencia fueron promovidas por la Iglesia desde sus comienzos, como un modo de ejercer las obras de misericordia; y también desde sus comienzos la asistencia material estuvo acompañada por la asistencia espiritual y religiosa ejercida por sus ministros. Recordemos tantas Fundaciones e Instituciones asistenciales promovidas por la Iglesia a lo largo de los siglos, cuando todavía el Estado no se había hecho cargo de un modo organizado de la asistencia social. En todas esas Instituciones benéficas funcionaban a la vez diversos sistemas de Capellanías, que proporcionaban la asistencia espiritual y estrictamente religiosa [14].

En España un Real Decreto de 27–I–1885, que aprobaba la Instrucción de la Beneficencia General, establecía en su articulado cuáles eran las funciones de los Capellanes de los Centros dependientes de lo que entonces se llamaba Beneficencia General. Sin embargo, el Cuerpo de Capellanes de Beneficencia propiamente dicho no se creó hasta 1919, por Real Orden de 14 de abril, con un Capellán mayor, a quien correspondía la inspección del servicio, y otros capellanes escalafonados con arreglo a tres categorías. El Cuerpo fue suprimido también durante la Ira República y fue restablecido por un Decreto de 30–VI– 1939.

4. La asistencia religiosa en el Derecho Comparado

En cuanto a la regulación de la asistencia religiosa en el Derecho comparado basta hacer un somero análisis de algunos países representativos para disipar un *posible prejuicio* que pudiera asaltamos: el de pensar que la garantía por el Estado del servicio de asistencia religiosa es una situación propia de regímenes confesionales o que practican las diversas formas de unión Iglesia–Estado. El examen del Derecho Eclesiástico de aquellos países que comúnmente se consi-

13. Puede verse en Bernárdez, A., *Legislación eclesiástica del Estado,* Madrid 1965, 384-386.

14. También en el momento presente continúan teniendo justificación las actividades asistenciales y de beneficencia promovidas por la Iglesia, en concurrencia con el Estado y otras instituciones públicas o privadas. Ello exige una normativa adecuada que puede ser objeto indudablemente de la *materia concordataria.* Sobre esta cuestión pueden verse, por ejemplo, los estudios citados en la nota 5.

Para un estudio de la evolución histórica del sistema de capellanías en España, desde una perspectiva general, puede verse González Ruiz, M., *Las capellanías españolas en su perspectiva histórica,* en *El patrimonio eclesiástico,* Salamanca 1950, 413-443.

deran más desarrollados y que practican una estricta separación Iglesia–Estado nos hace ver lo infundado de esa prevención. Actualmente, puede decirse que en todos los Estados en que se respeta auténticamente la libertad religiosa, cualquiera que sea su posible actitud ante la religión, ya sean Estados confesionales o Estados laicos, la asistencia religiosa suele ser un *Derecho* reconocido a los ciudadanos y a las Confesiones, y en aquellos casos en que esa asistencia pudiera estar dificultada o impedida por la permanencia del ciudadano en determinados centros o establecimientos, el Estado mismo, de acuerdo con las Confesiones religiosas, facilita los medios, incluidas las subvenciones económicas, para que esa asistencia pueda prestarse [15].

Esta actitud es propia sobre todo de aquellos Estados democráticos más desarrollados en los que se ha ido tomando conciencia de · que la relación libertad–igualdad en materia de derechos fundamentales y libertades públicas hace necesaria, junto al reconocimiento de los derechos, la *facilitación de los medios* para que sus titulares puedan gozar realmente de ellos. El recurso al Derecho Comparado permite hacer la siguiente constatación: el Estado democrático y el Estado social considera *la religión y el hecho religioso* como un factor social que, aunque sea ajeno al Estado en cuanto tal, no puede ser desconocido en cuanto *hecho que interesa a la sociedad.* El Estado no totalitario, al mismo tiempo que reconoce a la sociedad como distinta de él y reconoce también los diversos ámbitos de libertad existentes en la sociedad, considera a la vez que los intereses de la Sociedad sólo pueden satisfacerse si el Estado presta su colaboración y los promociona hasta donde lo pida la demanda social [16]. Y esto es lo que ocurre en el caso concreto de la asistencia religiosa.

Entre los Estados que facilitan la asistencia religiosa de sus ciudadanos se cuentan Estados confesionales como el Reino Unido de Inglaterra o Italia, Estados laicos que practican una estricta separación de las Confesiones religiosas como Estados Unidos, Francia, Bélgica y Holanda, y Estados que, aun siendo laicos o manteniendo una neutralidad religiosa, establecen acuerdos de cooperación con las Iglesias y Confesiones, como Alemania, Austria y Suiza. En todos ellos la asistencia religiosa se presta a partir de un reconocimiento previo de la libertad religiosa, que queda siempre garantizada para las personas que

15. Para una información sobre la asistencia religiosa en algunos países especialmente representativos puede verse Iribarren, J., *Asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y en Instituciones públicas y privadas,* cit. Se ocupa de esta cuestión en los países de la C.E.E., Corral, C., *La libertad religiosa en la Comunidad económica europea,* Madrid 1973.

16. Sobre la trascendencia social y pública del factor religioso y la actitud del Estado moderno ante él, en una sociedad pluralista, vid. Santos, J. L., *El Estado moderno y la religión,* en *El hecho religioso en la nueva Constitución española,* Salamanca 1979, 15-42.

no quieran recibirla, basándose sus diferencias en diversos matices que afectan sobre todo a la igualdad, según sean Estados confesionales o no. Así, por ejemplo, en los casos de Inglaterra y de Italia, la prestación de la asistencia religiosa favorece especialmente a la Iglesia Oficial, la Confesión Anglicana en Inglaterra y la Iglesia Católica en Italia[17].

Ciñéndonos a los países europeos, y también a título de ejemplo, pueden ser especialmente representativos, como dos tipos o modelos diversos de Estado no confesional o Estado laico, los casos de la Alemania Federal y de Francia. Ambos merecen una breve consideración en punto a la materia que nos ocupa.

El *caso francés,* si se exceptúan los territorios de Alsacia y Lorena que aún mantienen el Concordato napoleónico, responde a un *modelo de estricta separación Iglesia–Estado,* con el que están emparentados históricamente los Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo. Como es sabido, se trata de una separación que empezó siendo laicista en la ley de 1905, que vino a consagrar un largo período de hostilidades entre Iglesia y Estado, agudizando a finales del XIX, y que terminó siendo de separación cordial y amistosa, como fue calificada por Le Bras, a partir del nuevo período que se abre con la I Guerra Mundial[18]. También es sabido el papel que desempeñó la Jurisprudencia del Consejo de Estado francés para adaptar una ley, claramente sectaria con la Iglesia Católica, a los intereses reales de la sociedad francesa[19].

Desde el punto de vista de la asistencia religiosa tiene gran interés el *art. 2º de la ley de separación de 1905.* Esta ley, después de reconocer y garantizar la libertad

17. Vid. los trabajos citados en la nota 15.

18. Vid. Le Bras, G., *Preface* al libro de Kerleveo, J., *L'Eglise Catholique en régimen française de séparation,* París 1956, IX.

19. El concepto de laicidad del Estado en el sistema francés de separación, ha llevado también a calificarla de «positiva y abierta»: «Positiva, porque se pasa de la neutralidad radicalmente negativa a la colaboración; abierta, porque se descarga del sentido hostil y excluyente de la religión y se abre hacia el valor religioso sin discriminación, e, incluso, hacia su promoción». Cfr. Corral, C., *Desenvolvimiento del régimen de laicidad en Francia desde 1905,* en Miscellanea Comillas (1967) 753. Sobre la evolución seguida por este concepto en Francia puede verse también: Ribero, J., *La notion juridique de la laicité,* en *Dalloz,* 1949, chronique 33; Id. *De l'ideologie a la regle de droit. La notion de laicité dans la jurisprudence administrative,* en *La laicité,* París 1960; De Naurois, L., *Le concept de laicité dans le droit publique français,* Recueil de l'Académie de législation, I, Toulouse 1951, 99 y ss.; *Bilan de 50 ans de séparation,* L'Année canonique IV (1956) 109-125; Coulombel, P. L., *Le droit privé français devant le fait religieux depuis la séparation des Eglises et de l'Etat,* Revue trimestrelle de droit civil I (1956); Mejan, F., *La laicité de l'Etat,* Cahiers laiques 32 (1956); Id. *La separation des Eglises et de l'Etat,* París 1959; Id. *La laicité en droit et en fait,* en *La laicité,* París 1960, 201 y ss.; Remond, R., *Evolution de la notion de laicité entre 1905 et 1938,* Cahiers d'histoire IV (1959) 71 y ss.; Trotobas, J. B., *La notion de laicité dans le droit de l'Eglise catholique et de l'Etat républicain,* París 1961; Metz, R., *Les relations de l'Eglise et de l'Etat en France de 1960 a 1975, Quinze ans de neutralité positive,* en *Etudes de droit et histoire. Mélanges H. Wagnon*, Louvain–la neuve, 1976, 293-321; Governatori Renzoni, L., *La separazione tra stato e chiese in Francia,* Milano 1977.

de conciencia y de culto en su art. 1º, dispone en el art. 2º que la República no subvencionará ningún culto, salvo aquellas subvenciones destinadas a los servicios de capellanía para asegurar el libre ejercicio de los cultos en los establecimientos públicos, tales como liceos, colegios, escuelas, hospitales, asilos y prisiones[20].

El art. 2º establece pues, un principio general, según el cual el Estado no prestará ayuda económica a ningún culto. Sin embargo, en su segunda parte establece una excepción en favor de la asistencia religiosa a las personas que se hallen en determinadas situaciones, entre las cuales se mencionan, además de los establecimientos públicos de enseñanza, los centros asistenciales, como hospitales y asilos, y los centros penitenciarios.

Si nos preguntamos ahora cuál es el fundamento que legitima esa excepción, la respuesta aparece clara: la libertad de conciencia y de culto que reconoce y garantiza el art. 1 de la misma ley sería inviable, sería una mera libertad formal y abstracta para aquellas personas que se encuentran en situaciones especiales de sujeción o dependencia en determinados Centros, si el Estado no proporcionase su ayuda, colaborando con las Confesiones religiosas y los ministros del culto en la satisfacción de sus intereses religiosos. El art. 1º de la ley quedaría vanificado por la prohibición de subvencionar al culto, establecida por el art. 2º, y se lesionaría flagrantemente la igualdad jurídica en materia religiosa en relación con aquellas personas que permanecen en los citados establecimientos.

Repárese, finalmente, en que esta disposición normativa facilitando la asistencia religiosa se encuentra en una norma, como es la ley francesa de 1905, cuyo principal cometido es el de establecer la más estricta separación entre Estado e Iglesia, adoptando incluso una actitud general de hostilidad en contra de la Iglesia Católica. Es decir, se trata de una norma que podríamos calificar de laicista, puesto que el espíritu que la animaba, al menos en el momento en que fue promulgada, era más bien contrario a dar facilidades a la práctica religiosa, y más en concreto a la religión católica. Se estaba todavía lejos: de la amistosa y cordial separación que se iba a lograr más adelante, merced a la inteligente labor de aplicación de esta ley que la Jurisprudencia llevó a cabo, adaptándola a las reales exigencias del pueblo francés.

20. El art. 1 de la ley de separación dispone: «*La République assure la liberté de conscience. Elle garantit le libre exercice des cultes sous les restrictions édictées ci–après dans l'intéret de l'ordre public*».

El art. 2 dice: «*La Republique ne reconnait ni salaire, ni subventionne aucun culte. En conséquence, a partir du 1º Janvier qui suivra la promulgation de la présente loi, seront supprimées des budgets de l'Etat, des départements et des communes, toutes dépenses relatives á l'exercice des cultes. Pourront toutefois étre inscrites auxdits budgets les dépenses relatives a des services d'aumónerie et destinées á assurer le libre exercice des cultes dans les établissments publics tels que les lycées, colleges, écoles, hospices, asiles et pensions.*

Les etablissements publics du culte sont supprimés, sous réserve des dispositions énoncées á l'artlcle 3»

Ello significa, por tanto, que una ley que venía a culminar un período de hostilidades del Estado contra la Iglesia, pero que quiso garantizar el ejercicio de la libertad religiosa y de culto, no tuvo más remedio que acoger en su normativa y tipificar aquellas figuras que hacían necesaria una colaboración del Estado, incluso económica, para que la libertad, reconocida a todos en abstracto, no se convirtiese en una discriminación injusta contra determinadas categorías de ciudadanos, que de otro modo no hubiesen podido ejercitarla. Ello explica también que, una vez desaparecidas las circunstancias de tensión y hostilidad que empañaron las relaciones entre el Estado y la Iglesia a lo largo del siglo pasado y culminaron en la citada ley, los sucesivos gobiernos del período que se abrió a partir de 1914 no tuviesen grandes dificultades para, con la ley de separación en vigor, hacer una aplicación generosa, favoreciendo las diversas posibilidades de la asistencia religiosa, y extendiéndola incluso a las Fuerzas Armadas, a pesar de que este supuesto no estaba directamente contemplado en la ley [21]. A ello contribuyó también la inteligente labor de aplicación realizada por la Jurisprudencia, de la que ya hemos hecho mención.

El *caso alemán* tiene también interés, no solamente porque se trata de un modelo con el que están emparentados otros países como Austria y Suiza, y en cierto modo también Holanda, sino porque, si no nos equivocamos, tiene también muchos puntos de contacto con el sistema español de Derecho Eclesiástico. En primer lugar, porque se trata de un sistema concebido para sustituir un régimen de Religión o Iglesia de Estado, por un *régimen de laicidad y de libertad religiosa.* En segundo lugar, y no quiero ser exhaustivo, porque los diversos partidos que consensuaron, tanto la Constitución de Weimar en 1919, como la Ley Fundamental de Bono en 1949, quisieron hacer compatible la no estatalidad de las Iglesias que estableció el art. 137,1 de la Constitución de Weimar y recogió nuevamente el art. 140 de la Constitución de Bonn, con un *sistema de cooperación* que se manifiesta en diversos artículos de ambas Constituciones, tan pródigos en la regulación de la materia religiosa y eclesiástica [22].

21. El régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas se basa en un famoso decreto de 25 de enero de 1949, que no se llegó a publicar en el «Journal Officiel», y que planteó serios problemas acerca de su legitimidad. Sobre la cuestión puede verse: Governatori Renzoni, L., *La separazione tra Stato e Chiese in Francia,* cit., 301-303.

22. Una selección de los artículos de ambas Constituciones referentes a la materia religiosa y eclesiástica puede verse en el Apéndice I de la obra colectiva *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad,* cit., 226-233. En esta misma obra se encuentran diversas colaboraciones de autores alemanes, especialistas en la materia, sobre el sistema alemán de Derecho Eclesiástico. Otras colaboraciones sobre el mismo tema se encuentran también en la obra colectiva: *Simposio Sudamericano-Alemán sobre Iglesia y Estado,* Quito 1979.

La *cooperación* del Estado con las Confesiones religiosas se manifiesta en campos tan importantes como pueden serlo la enseñanza o las diversas prestaciones, incluso económicas, que puede hacer el Estado a las Iglesias, según la Constitución[23]; pero a los efectos que nos interesan, se manifiestan concretamente en materia de asistencia religiosa.

Efectivamente, el Derecho alemán regula esta materia a nivel Constitucional, y la doctrina eclesiasticista alemana la considera como una manifestación típica de cooperación con las Iglesias, en un sistema de libertad religiosa y de laicidad del Estado[24]. El art. 141 de la Constitución de Weimar, incorporado a la Ley Fundamental de Bonn por el art. 140, establece que «siempre que en el ejército, en los hospitales, en los establecimientos penales o en otros centros públicos cualesquiera exista la necesidad de culto y cura de almas, las confesiones religiosas serán admitidas para proceder a actos religiosos, debiendo abstenerse de cualquier tipo de coacción».

Este precepto Constitucional, al mismo tiempo que deja a salvo la libertad religiosa de la persona, al establecer en su último párrafo que la prestación del servicio debe excluir los actos de coerción, reconoce implícitamente un Derecho subjetivo a la asistencia religiosa, que tiene rango Constitucional, y cuyos sujetos titulares son, tanto las personas destinatarias del servicio, como las Confesiones religiosas que han de procurar la atención espiritual de sus miembros.

Por otra parte, como es sabido, la regulación concreta de este Derecho la realiza el Estado Federal y los diversos länder a través de los *Concordatos y Convenios* que tienen firmados con las grandes Confesiones religiosas de influencia en territorio alemán[25]. Generalmente, en estos Convenios, la regulación de la asistencia religiosa en los establecimientos públicos se realiza a través de un servicio religioso, con carácter permanente, que es prestado por un ministro de culto, cuyo nombramiento y funciones se establecen por medio de un acuerdo

23. Sobre la cooperación en materia de enseñanza y en materia económica puede verse, respectivamente, Geiger, W., *Las Iglesias en el plano de la educación y formación según el Derecho Eclesiástico de la R. F. de Alemania*, en *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad*, cit., 77-87; Isensee, J., *La financiación de la misión de las Iglesias en la República Federal de Alemania*, Ibídem, 89-103.

24. Vid. Scheuner, U., *La aportación de las Iglesias al establecimiento de las disposiciones de la Constitución alemana de 11 de agosto de 1919 (Constitución del Reich de Weimar) y de la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 reguladoras del Derecho Eclesiástico del Estado,* en *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad,* cit., 23-39; Listl, J., *La garantía constitucional y la aplicación práctica del derecho individual de libertad religiosa así como de la libertad de las Iglesias, al amparo de la Ley Fundamental, en la R. F. de Alemania,* Ibídem, 39-53.

25. Sobre el sistema alemán de Concordatos y Convenios puede verse Aymans, W., *Los acuerdos con los países de centroeuropa*, en *La Institución concordataria en la actualidad*, Salamanca 1971, 199-222; Hollerbach, A., *El sistema de Concordatos y Convenios eclesiásticos*, en *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad*, cit., 179-193.

entre la autoridad civil y la religiosa, y cuyo *status* jurídico y económico puede instrumentarse acudiendo a la figura del funcionario o empleado público.

Así, por ejemplo, en el Concordato entre la Santa Sede y el Reich, todavía vigente, el art. 27 contempla la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, organizándola en forma de jurisdicción exenta, dependiente de un Obispo Castrense, y cuyos capellanes pueden tener la consideración de funcionarios[26]. En el art. 28 se regula la asistencia religiosa «en los hospitales, cárceles y demás establecimientos públicos» y se determina que «si, para establecer dichas instituciones una asistencia religiosa permanente, se debieran constituir capellanes Eclesiásticos con carácter de funcionarios del Estado u otras entidades públicas, se hará de acuerdo con la Autoridad eclesiástica superior».

De forma parecida se regula la asistencia religiosa en los restantes convenios firmados por los diversos Länder con la Iglesia Católica y las Iglesias Evangélicas. En un reciente trabajo, en que se estudian los modelos de convenios entre Baviera y Baja Sajonia con la Iglesia Católica y las Iglesias Evangélicas, Corral ha puesto de manifiesto el paralelismo que se da entre todos ellos al regular las diversas materias, procurando establecer una situación paritaria que deje a salvo la igualdad entre las diversas Confesiones[27].

Pienso que estos ejemplos, extraídos del Derecho Eclesiástico Comparado, pueden bastarnos para situar el Derecho a la asistencia religiosa en el contexto de un *sistema de libertad e igualdad en materia religiosa,* y en el contexto de un modelo de *Estado no confesional,* pero dispuesto a cooperar con las Iglesias y Confesiones en la realización de los fines que son de interés social. Esta cooperación,

26. El texto completo del art. 27 afirma lo siguiente: «Para el ejército del Reich alemán se constituirá la asistencia espiritual exenta para sus oficiales, funcionarios y soldados católicos y sus respectivas familias.

La dirección de la asistencia espiritual a las fuerzas armadas compete al obispo castrense. Su nombramiento eclesiástico se hará por la Santa Sede, después de haberse puesto en contacto con el Gobierno del Reich para designación, de mutuo acuerdo, a la persona idónea.

El nombramiento eclesiástico de los párrocos y demás capellanes castrenses se hará por el Obispo castrense, después de haber oído a la competente Autoridad del Reich. El obispo castrense podrá nombrar únicamente a eclesiásticos que hayan obtenido de su respectivo Obispo diocesano permiso para entrar en el servicio pastoral castrense y el correspondiente certificado de idoneidad. Los capellanes castrenses tienen competencia parroquial sobre las tropas a ellos encomendadas y sus respectivas familias.

Normas más precisas sobre la organización del servicio espiritual castrense católico se establecerán por un Breve Apostólico. La situación jurídica de los capellanes castrenses en cuanto funcionarios se regulará por el Gobierno del Reich».

Está tomado de la recopilación de Corral, C. – Jiménez, J., *Concordatos vigentes,* I, Madrid 1981, 132-133.

27. Vid. Corral, C., *Dos modelos de aplicación paritaria del Derecho Eclesiástico alemán a las Iglesias Católica y Evangélica mediante convenios,* separata publicada en Miscelánea Comillas XXXIX, 74-75 (1981).

como hemos visto, es organizada por el Estado, ya sea de un modo unilateral o de un modo pacticio, pero ordinariamente de acuerdo con las autoridades religiosas; para ello, presta también medios de todo tipo, incluida la ayuda económica, a través de diversas técnicas, entre las que se incluye la incorporación de los ministros del culto al *status* del funcionario o empleado público.

5. Derecho español vigente sobre asistencia religiosa

5.1. *Fuentes*

Después de esta referencia a nuestro Derecho histórico y al Derecho comparado, podemos pasar ya al estudio del Derecho vigente actualmente en materia de asistencia religiosa. Para ello vamos a enumerar las fuentes jurídicas donde se encuentran contenidas las normas reguladoras. Primero nos referiremos a aquellas fuentes donde se regula el Derecho a la asistencia religiosa de un *modo general.* Después veremos aquellas normas que lo regulan atendiendo a los *tres grandes sectores* que comprende la asistencia religiosa en establecimientos públicos: los establecimientos militares, los establecimientos penitenciarios, y los establecimientos hospitalarios y asistenciales.

La asistencia religiosa es regulada *con carácter general* en el art. 2º de la Ley Orgánica de libertad religiosa, y la asistencia religiosa católica en especial viene regulada en el art. IV del Acuerdo jurídico con la Santa Sede, y en el Acuerdo sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas; no existiendo hasta ahora ningún otro Acuerdo o Convenio firmado con Confesiones religiosas distintas de la Católica. Aparte de estas tres fuentes jurídicas, en las que la asistencia religiosa es contemplada de un modo expreso, en la Constitución española se encuentran los principios Constitucionales que la rigen. Pero nuestra Constitución, a diferencia de otras normas Constitucionales, como la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, no se refiere expresamente al tema de la asistencia.

Por lo que se refiere a los tres grandes sectores que comprende la asistencia religiosa en establecimientos públicos, las principales normas vigentes sobre la materia son las siguientes:

1.º) Con respecto a las Fuerzas Armadas:

a) La ley de 28–XII–1978 por la que se promulgan las Reales ordenanzas de las Fuerzas Armadas, que son las que regulan los fines y funciones del Ejército español. En ellas se regulan los derechos y deberes de los militares, y en concreto el Derecho a la libertad e igualdad en materia religiosa. El art. 195 se refiere a la asistencia religiosa y establece que «se facilitará… de conformidad con lo que

esté legalmente establecido». Ello significa que corresponderá a una regulación reglamentaria, todavía no establecida, pero prevista en las Reales Ordenanzas, el ordenamiento concreto de este mandato legal de carácter genérico, especialmente en lo relativo a la asistencia religiosa de los no católicos.

Además de las Reales Ordenanzas, afectan a la asistencia religiosa otras dos disposiciones de rango inferior:

b) La Orden de 22–XI–1978: regula la estructura y funciones del Vicariato castrense y ha sido incorporada en parte al Acuerdo sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, del que fue uno de sus borradores[28].

c) La Instrucción General del Estado Mayor del Ejército, de 23–VI–1978, por la que se dan las normas conjuntas para la aplicación de la ley de libertad religiosa de 1967. En ella se hace una clasificación de los diversos actos de servicio, tratando de hacerlos compatibles con el respeto a la libertad religiosa de los militares[29].

d) Finalmente, está la ley de 24–XII–1981 sobre clasificación de mandos y regulación de ascensos para los militares de carrera del Ejército de Tierra. Aunque la finalidad de la leyes la mencionada, su interés radica en que es la primera ley posterior a la Constitución que consagra la existencia del Cuerpo de Capellanes castrenses, como un Cuerpo de funcionarios de carrera, asimilado a los grados jerárquicos de los militares. Es sabido que esta ley ha sido objeto de un *recurso de inConstitucionalidad,* promovido por el Grupo parlamentario del P.S.O.E., en base a que se la consideraba contraria al principio de no confesionalidad del Estado, por el hecho de consagrar la existencia del *Cuerpo Eclesiástico* como un Cuerpo de funcionarios estatales; y contraria al principio de igualdad, por no proveer un Cuerpo Eclesiástico análogo para las demás Confesiones. Tal recurso fue desestimado por nuestro Tribunal Constitucional, puesto que el objetivo de la ley impugnada no era la regulación de la asistencia religiosa al Ejército sino la determinación del tiempo mínimo requerido para los ascensos[30].

28. Para Mostaza, la defectuosa redacción de algún artículo del Acuerdo es debida precisamente al hecho de estar calcado directamente de la citada Orden de 22-XI-1978. Vid. Mostaza, A., *Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos de* 3 *de enero de 1979*, cit., 377-378.

29. Véanse las consideraciones críticas que sobre esta norma hace Giráldez, A., *Consideraciones sobre la reforma del régimen jurídico de la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas,* cit., 172-173.

Las normas del 1978 son una adaptación de las Normas para la aplicación de la ley 44/1967 sobre el ejercicio del derecho civil a la libertad religiosa en las Fuerzas Armadas, dadas por el Estado Mayor del Ejército el 18 de febrero de 1973, cuyo resumen ofrece Suárez Pertierra, G., en *Libertad religiosa y confesionalidad en el ordenamiento jurídico español,* Vitoria 1978, 94-95.

30. En los fundamentos jurídicos de la Sentencia se afirma lo siguiente: «La ley impugnada se limita a regular los ascensos y el tiempo de efectividad exigidos en cada empleo para poder

2.º) Con respecto a las Instituciones Penitenciarias.

El Derecho vigente sobre la materia se encuentra contenido en dos normas que tienen un especial interés por tratarse de una Ley Orgánica y de un Reglamento que han sido promulgados después de la Constitución, y que lógicamente han de considerarse como una aplicación concreta de los principios Constitucionales. Las normas a que me refiero son la Ley Orgánica General Penitenciaria de 26–IX–1979 y el Reglamento de Prisiones que para su aplicación ha sido aprobado por Real Decreto de 8–V–1981.

La Ley Orgánica dedica un capítulo que consta de un solo artículo, el art. 54, a regular la asistencia religiosa. En él se limita a afirmar que «la Administración garantizará la libertad religiosa de los internos y facilitará los medios para que dicha libertad pueda ejercitarse». El Reglamento, en cambio, dedica muchos artículos a tratar diversos aspectos del tema, desde aquellos que tratan de asegurar la comunicación del interno con los ministros religiosos que desee, establecido un régimen de visitas a la cárcel que lo hagan posible, hasta aquellos otros que aseguran un régimen de alimentación que, en la medida de lo posible, sea respetuoso con las creencias y costumbres religiosas del interno[31].

Las normas más interesantes del Reglamento se encuentran, sin embargo, en el Capítulo III del Título III, dedicado íntegramente a la asistencia religiosa, y en los arts. 292 y 293, que regulan las funciones de los Capellanes de Instituciones Penitenciarias. El comentario que suscitan estas normas, es que en ellas ha estado presente posible su ejercicio en las Prisiones. En cambio, se ha estado menos atento a las exigencias que el principio de igualdad y de no confesionalidad llevan consigo. La garantía de la libertad religiosa es lo que ha estado principalmente presente en los arts. 180 y 181, que regulan la asistencia religiosa. Mientras que los arts. 292 y 293, cuando se refieren a las funciones de los Capellanes, parecen considerar exclusivamente las funciones de los Capellanes Católicos, a

ascender al superior, de suerte que, aún en el caso de que la declaráramos inconstitucional tal ley, las consecuencias de la declaración no podrían llegar más allá de que el tiempo de efectividad para los ascensos dejaría de ser éste.

No se podría, en cambio, sacar ninguna de las conclusiones a que el recurso parece dirigirse y que son: 1º, que dejara de existir el Cuerpo Eclesiástico; 2º, que los miembros del Cuerpo Eclesiástico dejaran de ostentar graduaciones similares a las militares, y 3º que en e! Cuerpo Eclesiástico dejara de haber ascensos. Debemos, por ello, dar la razón al Abogado del Estado cuando argumenta que una obvia razón de congruencia impone un ajuste entre la impugnación y el contenido de la disposición impugnada, para evitar que puedan ser objeto de recurso y de declaración jurisdiccional cuestiones o materias no reguladas por la ley recurrida, sino por otras que a la recurrida sirven sólo de presupuesto». Vid. Sentencia de 13 de mayo de 1982 (BOE, de 9 de junio de 1982).

31. Véanse, entre otros, los siguientes artículos del Reglamento: 2, 5, 8, 10, 11, 20, 44, 102, 135-137, 220, 222, 263, etc.

quienes, dicho sea de paso, el Reglamento considera funcionarios del Cuerpo de Prisiones, sin plantearse ningún problema de Constitucionalidad[32].

3.º) Con respecto a los establecimientos sanitarios y similares.

La normativa sobre asistencia religiosa se refiere a disposiciones administrativas muy antiguas que continúan estando vigentes, a falta de otra que las sustituya y actualice. Ninguna de ellas tiene rango de ley, y por referirse a una época en la que existía un régimen de Confesionalidad del Estado, la asistencia religiosa que se considera se reduce a la que desarrollan los Capellanes católicos pertenecientes al Cuerpo de Capellanes de Beneficencia.

En concreto, esa normativa está constituida principalmente por el Real Decreto de 27–I–1885, por el que se aprueba la Instrucción de la Beneficencia General, cuyos arts. 40 a 43 establecen las funciones de los Capellanes. Está vigente también la Orden de 14–IV–1919 por la que se crea el Cuerpo de Capellanes de la Beneficencia General del Estado. Ambas disposiciones fueron derogadas en la República y restablecidas por Decreto de 30–VI–1939.

Finalmente, existe una disposición más reciente relativa a Hospitales, el Decreto de 25–VIII–1978, en la que se aprueban unas «Normas provisionales de gobierno y garantías de sus usuarios». En estas normas se contempla ya la libertad religiosa de las personas, y el art. 12,1, considera la asistencia religiosa como uno de los derechos del enfermo, que se le ha de garantizar «según su confesionalidad».

Sin embargo, no se han dictado unas disposiciones reglamentarias que organicen el servicio de asistencia religiosa, como se ha hecho para los Centros penitenciarios.

5.2. *La naturaleza jurídica de la asistencia y su fundamento*

Me parece que esta somera descripción que acabo de hacer de las principales fuentes jurídicas donde se regula la asistencia religiosa y de su contenido genérico, nos permite advertir que es necesario seguir desarrollando esa legislación, hasta completarla para todos los sectores a que se extiende la asistencia (y esta necesidad quizá sea especialmente apremiante en relación con el sector hospitalario), al mismo tiempo que se adecúa la arcaica normativa todavía vigente a los principios del nuevo Derecho Eclesiástico español.

Dada la actual situación legal, que bien pudiera calificarse de *transitoria*, y la carencia de una doctrina eclesiasticista que haya dedicado al tema la atención

32. Pueden verse estos artículos en el Reglamento de Prisiones, aprobado por Real Decreto de 8 de mayo de 1981 (B.O.E. de 23, 24 y 25 de junio de 1981).

que merece, cualquier comentario doctrinal que se haga sobre la cuestión tendrá que ser forzosamente *provisional.* A pesar de ello, me voy a referir a unos cuantos puntos que pueden tener especial interés, para delimitar, en sede doctrinal, el tratamiento que nuestro Derecho Eclesiástico da a la asistencia religiosa.

Esos puntos son los siguientes: 1) la naturaleza jurídica de la asistencia religiosa, y su fundamento; 2) los principios que la rigen; 3) las consecuencias que *de iure condito* y *de iure condendo* tienen esos principios.

En cuanto a la *naturaleza jurídica de la asistencia religiosa,* está claro que en nuestro Derecho Eclesiástico se trata de un *derecho subjetivo* cuyos titulares son, de un modo directo las personas individuales, y de un modo indirecto las Confesiones religiosas. A ello se refieren expresamente la Ley Orgánica de libertad religiosa y los Acuerdos con la Santa Sede.

El art. 2.º, 1, b) de la Ley Orgánica afirma que «la libertad religiosa y de culto … comprende … el Derecho de toda persona a practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión». Ello quiere decir que este Derecho corresponde en primer lugar a la *persona individual,* por ser el destinatario último del beneficio que resulte de la asistencia, pero ese Derecho es referido también a la *Confesión,* como institución encargada de prestarlo a quienes pertenecen a ella.

Por otra parte, está claro que si este Derecho se fundamenta en la libertad religiosa y de culto, que el Estado garantiza, en el art. 16,1 de la Constitución, a los individuos y las comunidades, tanto unos como otros serán los titulares de las diversas consecuencias jurídicas que de ello resulten: el Derecho a la asistencia religiosa es indudablemente una de ellas.

Esta *doble titularidad* del Derecho se ve clara también, en el caso de los ciudadanos católicos y de la Iglesia católica, en el Acuerdo Jurídico con la Santa Sede.

De una parte, el art. I, 1) del Acuerdo jurídico garantiza a la Iglesia Católica el «ejercicio de las actividades, que le son propias», entre las que hay que contar, evidentemente, la asistencia religiosa de sus miembros.

De otra, el art. IV; 2) afirma que «el Estado reconoce y garantiza el ejercicio del Derecho a la asistencia religiosa de los ciudadanos internados en establecimientos penitenciarios, hospitales, etc»..

Es decir, el ciudadano como destinatario último de la asistencia, y la Iglesia, como entidad que desarrolla un conjunto de actividades entre las que está la asistencia religiosa de sus miembros, son reconocidos como los dos sujetos interesados en la titularidad del Derecho.

Análogo reconocimiento se encuentra en el Acuerdo sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas.

Por lo que se refiere al *sujeto pasivo* de la obligación de prestar la asistencia, ese sujeto no puede ser otro más que el Estado y todos los entes públicos que de él dependen, entre los cuales habría que mencionar las Comunidades Autónomas, las Provincias y los Municipios, de acuerdo con el art. 137 de nuestra Constitución. A ello se refiere el art. 2º, 3, de la Ley Orgánica de libertad religiosa, cuando afirma que «para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos (entre los que se encuentran todos los estatales, desde los órganos centrales hasta los órganos territoriales citados) adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos…».

Sobre este punto conviene deshacer un posible equívoco. Es cierto que los miembros de una determinada Confesión religiosa, pueden tener un Derecho a que esta última les preste la asistencia religiosa adecuada[33]. En este caso, la Confesión religiosa aparece como el sujeto obligado a prestar la asistencia. Pero cuando en Derecho Eclesiástico se habla del Derecho de asistencia religiosa, nos estamos refiriendo a un *Derecho civil,* cuyo ámbito es el Derecho del Estado, y no el Derecho interno de una Confesión. Por ello, la obligación de facilitar la prestación corresponde al Estado, mientras que la Confesión religiosa, en este caso, es sujeto co–titular del Derecho de asistencia, juntamente con el ciudadano que la precise.

Esta cuestión puede tener también su interés a la hora de distinguir las *competencias* correspondientes al Estado y a las Iglesias y Confesiones, cuando se trata de prestar la asistencia. La asistencia religiosa propiamente dicha, en lo que tiene de atención espiritual a la persona, corresponde hacerla a las Confesiones, y en este punto gozan de la libertad y autonomía que les concede la Constitución y la ley de libertad religiosa, sin que el Estado pueda intervenir o interferirse en la naturaleza que haya de tener la asistencia; en cambio, al Estado le corresponde, como se dispone muy bien en el art. 263, b) del Reglamento de Instituciones Penitenciarias, «organizar la ejecución de las prestaciones» que hacen referencia a la asistencia que los internos necesitan. La competencia del Estado radica, pues, en la *organización del servicio,* para que las prestaciones que las Confesiones religiosas deben hacer se realicen.

Por lo que se refiere al *fundamento* del Derecho a la asistencia religiosa, nos parece también muy claro, y se deduce fácilmente del tenor del art. 2º,3 de la Ley Orgánica de libertad religiosa. Recordemos su contenido: «Para la aplicación

33. Así, por ejemplo, el canon 213 del Código de Derecho Canónico establece que «los fieles tienen derecho a recibir de los Pastores Sagrados la ayuda de los bienes espirituales de la Iglesia, principalmente la Palabra de Dios y los Sacramentos».

real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias… etc».. Es evidente que este artículo quiere hacer posible el ejercicio de la libertad religiosa que garantiza el art. 16,1 de la Constitución, poniendo a disposición de las personas y de los grupos, cualesquiera sean las circunstancias en que se encuentren, los medios precisos para que se cumpla el mandato Constitucional contenido en el art. 9,2 de la Constitución.

5.3. *Los principios que la rigen*

En cuanto a los principios que rigen la asistencia religiosa, son los mismos que rigen a nuestro Derecho Eclesiástico, y entre ellos hay que destacar los principios Constitucionales[34]. Me voy a detener muy brevemente en algunas exigencias que deriva de tales principios.

1) Por lo que se refiere al *principio de libertad religiosa,* su consecuencia más clara es aquella que lleva a organizar y prestar la asistencia religiosa de forma que quede «salvaguardado el Derecho a la libertad religiosa de las personas y el debido respeto a sus principios religiosos y éticos», como afirma el art. IV, 2) del Acuerdo Jurídico con la Santa Sede; o expresado de un modo negativo, que se respete «el Derecho de toda persona a … no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales», como garantiza el art. 2º, 1, b) de la Ley Orgánica de libertad religiosa.

Pero también debe quedar a salvo el mandato Constitucional del art. 16,2, que ordena que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencia». Aquí se podrían plantear algunos problemas en relación con la prestación del servicio de asistencia religiosa. Pensemos en un Hospital en el que, para garantizar la asistencia religiosa, se hace preciso preguntar a los pacientes por sus creencias.

Un caso como éste se planteó hace varios años en Alemania, y la decisión del Tribunal Administrativo Federal, confirmada por el Tribunal Constitucional

34. Sobre la naturaleza de los *principios informadores del Derecho Eclesiástico* y su relación con los principios constitucionales, vid. Viladrich, P. J., *Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español,* en *Derecho Eclesiástico del Estado español,* Pamplona 1980, 245-246.

Según Viladrich «los principios informadores no lo son por ser principios constitucionales» o contenidos en la Constitución, sino en rigor por su naturaleza de principios informadores. Dicho de otro modo, lo que les convierte en principios informadores es su naturaleza de expresar los valores superiores que como patrimonio solidario tiene y quiere el pueblo español en materia eclesiástica, y ello con independencia de que su formalización normativa tenga lugar en un texto legal de rango constitucional o bien acontezca a través de una disposición de rango inferior. Por tanto, en puridad, la Constitución es fuente principal, pero no exclusiva, de conocimiento de los principios informadores». Ibídem, 245.

Federal, en sentencia de 25.X.1977, fue que la pregunta sobre la pertenencia a una religión, hecha a los pacientes a su ingreso en los hospitales, no contraviene el Derecho de la llamada libertad religiosa negativa, con tal que la contestación sea libre y pueda ser rechazada[35].

Parece que esta respuesta sería válida también en nuestro ordenamiento, puesto que el art. 16,2 de nuestra Constitución no prohíbe preguntar sobre las creencias religiosas, cosa que puede estar justificada por diversas razones (por ejemplo, para organizar el llamado «impuesto religioso», o la enseñanza religiosa en los Centros educativos), sino que lo que nuestra Constitución prohíbe es que se ejerza coacción a las personas para obligarlas a declarar su religión o creencias.

En este sentido, lo que ya no parece estar tan de acuerdo con nuestro precepto Constitucional es aquellas fórmulas que suponen cierta coacción, al menos indirecta, para obtener una declaración sobre las propias creencias, en cuanto que la negativa a declararlas puede suponer la privación de ciertos beneficios. Así parece que ocurre, por ejemplo, en la Instrucción del Estado Mayor del Ejército antes citada, de 23.VI.1978, cuando en el punto 3,1 afirma que «para la referencia al respecto de la libertad religiosa de los militares, en lo que se refiere a los no católicos, es indispensable que hayan hecho declaración individual expresa y por escrito en la que acrediten la religión que profesan o manifiesten no profesar ninguna». En este caso, parece que la declaración sería necesaria para gozar del beneficio que conceden las citadas Normas, y que nos hallaríamos por tanto en presencia de una disposición contraria a la Constitución.

2) En cuanto al *principio de igualdad y no discriminación,* se trata de una de las cuestiones más difíciles que tiene que resolver, no sólo el Derecho Eclesiástico, sino la Ciencia del Derecho, en general, puesto que en ella se encuentran implicados los grandes problemas de la Justicia.

Ante todo se plantea el problema de quiénes son los *sujetos titulares de la igualdad y no discriminación,* si sólo las personas individuales, que es a las que se refiere expresamente el art. 14 de nuestra Constitución, o también las Confesiones religiosas. En nuestra doctrina eclesiasticista se ha abierto paso la idea de que sujetos de la igualdad son también las Confesiones, si se pone en relación el art. 14 con el 16 y el 9,2[36].

35. Vid. sobre esta Sentencia, y los problemas que plantea la relación de la libertad religiosa en su forma positiva de ejercicio con la libertad religiosa negativa, Listl, J., *La garantía constitucional y la aplicación práctica del derecho individual de libertad religiosa así como de la libertad de las Iglesias al amparo de la Ley Fundamental en la R. F. de Alemania,* cit., 45-49.

36. Vid. Llamazares, D. – Suárez Pertierra, G., *El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico,* Separata de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid 61 (1980) 18-21.

Otra cuestión sería cuál es el *objeto de la igualdad.* Siguiendo a *Viladrich,* podríamos decir que igualdad significa que no existen distintas categorías de titulares del Derecho de libertad religiosa, ni existen distintas categorías de derechos de libertad religiosa[37]. Es decir, la igualdad se da en la misma titularidad y en el mismo Derecho. En todo lo demás, en frase de Kalh, el principio de la justicia es «a cada uno lo suyo y no a cada uno lo mismo[38]. Ahora bien, esto significa, en términos clásicos, que ha de aplicarse una *igualdad proporcional* y no una igualdad absoluta; así lo estiman autores tales como el Prof. *Finocchiaro*[39], y entre nosotros los Profs. *González del Valle* y *Viladrich*[40], aunque haya también otros autores, como los Profs. *Llamazares* y *Suárez Pertierra,* a quienes la igualdad de proporcionalidad no acaba de convencerles[41].

A mi juicio, igualdad proporcional significa tener en cuenta todas las circunstancias, y que las diferencias de tratamiento obedezcan a una *«justificación objetiva y razonable»*[42]. Se trata de esa «ragionevoleza» a que hacen referencia las Sentencias de la Corte Constitucional italiana, en virtud de la cual la diferencia de trato, cuando es razonable, no supone discriminación[43].

El problema estará en respecto a qué circunstancias ha de establecerse la proporción. Y la Ley Orgánica de libertad religiosa ofrece ya un criterio que puede

Los autores reconocen que, aunque «la solución del tema ha de ser afirmativa (es decir, favorable a la igualdad de las Confesiones), según nuestro criterio, pero no por ello deja de plantear problemas». Ibídem, 19.

37. Vid. Viladrich, P. J., *Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español,* cit., 284.

38. Citado por Ruffini, F., *Corso di diritto ecclesiastico italiano. La libertá religiosa come diritto pubblico subiettivo,* Torino 1924, 424.

39. Si bien con una serie de agudas matizaciones, que le llevan a distinguir entre igualdad matemática e igualdad proporcional, entre igualdad material y formal, y entre igualdad absoluta y relativa. Vid. Finocchiaro, F., *Uguaglianza giuridica e fattore religioso,* Milano 1958, 33-51.

40. «El principio de igualdad religiosa no consiste en aplicar a todas las confesiones religiosas un idéntico estatuto jurídico, ya que cada confesión religiosa constituye un fenómeno peculiar, por lo que para observar el principio de igualdad en la regulación de todas ellas es preciso adoptar una igualdad de proporcionalidad: un estatuto jurídico igualmente adecuado a la naturaleza de cada singular confesión religiosa». González Del Valle, J. M., *Posición jurídica de las Confesiones religiosas,* en *Derecho Eclesiástico del Estado Español,* cit., 319.

En el mismo sentido, Viladrich, P. J., *Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español,* cit., 285-288; 292-294.

41. Vid. Llamazares, D. – Suárez Pertierra, G., *El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico,* cit., 20-21.

42. Así se expresa una sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de julio de 1981 (B.O.E., de 20 de julio de 1981), al resolver la cuestión de inconstitucionalidad nº 233/1981.

43. Numerosas referencias a sentencias de la Corte Constitucional italiana que abordan el tema de la igualdad y no discriminación se encuentran en Finocchiaro, F., *Uguaglianza giuridica e fattore religioso,* cit. Vid. también Rossano, C., *L'eguaglianza giuridica nell'ordinamento costituzionale,* Napoli 1966, 371 y ss.; Finocchiaro, F., *La giurisprudenza costituzionale in materia ecclesiastica,* en *Stato democratico e regime pattizio,* Milano 1977, 89-121.

tomarse de modo análogo para resolver otras cuestiones. Se trata del que ofrece el art. 7º,1, cuando el Estado exige como requisitos para establecer acuerdos, que se trate de confesiones religiosas «inscritas en el registro, que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España». Estas circunstancias referentes a la extensión territorial y personal y al enraizamiento histórico de las Confesiones, proporcionan diversos puntos de vista sobre los que se puede establecer la proporción también en relación con su Derecho de asistencia religiosa.

En el caso del Derecho a la asistencia religiosa, considero que las dificultades prácticas que plantea la regulación de la igualdad, no deben resolverse acudiendo a *criterios restrictivos de uniformidad,* que pudieran poner en peligro la identidad de las diversas Confesiones, sino a un *criterio extensivo,* según el cual la amplitud con que debe reconocerse el Derecho de asistencia religiosa a la Iglesia Católica, dado el carácter paradigmático que a su situación atribuye la doctrina, se extienda también a otras Confesiones, siempre que reúnan los requisitos de implantación, número de creyentes, etc., que deben exigirse para organizarles un servicio de asistencia a cargo del Estado[44].

A título de ejemplo, no parece razonable que el Estado organice un servicio de asistencia religiosa *permanente* en un establecimiento penitenciario u hospitalario, en favor de una Confesión religiosa, cuyo número de miembros internos en el establecimiento no alcance el mínimo exigido para cubrir el coste que un servicio permanente precisaría. En estos casos, bastaría que se asegurase una asistencia *eventual,* a requerimiento de las personas interesadas. Tal es una de las soluciones que registra el Derecho Comparado, en países como Alemania o Italia[45]. Lo que está en juego aquí no es tanto la igualdad religiosa como una cuestión de Derecho Financiero.

44. «El cambio del viejo al nuevo orden constitucional consistirá, pues, no en reducir la posición peculiar y favorable que la confesión católica actualmente tiene hasta hacerlo coincidir con el de las restantes confesiones religiosas, sino en dar a las restantes confesiones un régimen jurídico igualmente favorable y adecuado a su naturaleza». González Del Valle, J. M., *Posición jurídica de las Confesiones religiosas,* cit., 319.

Sobre la *mención de la Iglesia Católica,* como paradigma extensivo de trato específico a las demás Confesiones, vid. Viladric, P. J., *Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español,* cit., 292-294.

Una interpretación diversa sobre esa mención de la Iglesia Católica en nuestra Constitución puede encontrarse en Llamazares, D. – Suárez Pertierra, G., *El fenómeno religioso en la nueva Constitución española,* cit., 33-34.

45. Las diversas fórmulas que establece la legislación vigente en Alemania o Italia pueden encontrarse en los estudios de Corral y de Tozzi, que transcriben los textos legales. Vid. Corral, C., *Dos modelos de aplicación paritaria del Derecho Eclesiástico alemán a las Iglesias Católica y Evangélica mediante convenios,* cit.; Tozzi, V., *Assistenza spirituale fra liberta religiosa e principio partecipativo,* cit.

3) Otro principio Constitucional que afecta a la asistencia religiosa es el *principio de no estatalidad de las Confesiones,* para formularlo de acuerdo con el tenor literal del art. 16,3 de nuestra Constitución. Este principio, puesto en relación con el de libertad religiosa, del que depende, significa, a mi juicio, el reconocimiento de la *independencia y autonomía mutuas* que deben existir entre el Estado y las Confesiones religiosas. Consecuencia de esta autonomía es la *laicidad del Estado,* que en sí misma no es formulada por la Constitución, aunque algunos autores hablen sin más matizaciones del principio de laicidad como de un principio Constitucional[46].

En el caso del Derecho a la asistencia religiosa, considero que las *titucionalidad del sistema funcionarial* como procedimiento para incorporar a la Administración del Estado a los ministros del culto que prestan la asistencia religiosa. El argumento principal esgrimido es que la función religiosa no es una función del Estado, como podría serlo en el caso de un Estado Confesional; y que la consi-

46. Como es sabido, los autores adoptan *diversos términos* para designar el principio reconocido en el art. 16,3 de nuestra Constitución. Así, *Fornés* habla del principio de no confesionalidad, *Viladrich* del principio de laicidad del Estado, *De Echeverría* y *Jiménez Martínez de Carvajal* hablan del principio de neutralidad confesional, *Llamazares* y *Suárez Pertierra* del principio de no estatalidad, etc. Vid., respectivamente, Fornes, J., *El nuevo sistema concordatario español (los Acuerdos de 1976 y 1979*), Pamplona 1980, 33-37; Viladrich, P. J., *Los principios informadores del Derecho Eclesiástico español,* cit., 273-283; De Echeverría, L., *La nueva Constitución española,* Salamanca 1979, 62-66; Jiménez y Martínez de Carvajal, J., *Principios informadores del actual régimen español de relaciones entre la Iglesia y el Estado,* en *Iglesia y Estado en España,* cit., 42-45; Llamazares, D. – Suárez Pertierra, G., *El fenómeno religioso en la nueva Constitución española. Bases de su tratamiento jurídico,* cit., 13-17; 33-34.

Indudablemente, más que la expresión que se adopte para designar el principio, lo importante es el *contenido* que se le asigne. En este sentido, coincido con los profs. *Llamazares* y *Suárez Pertierra* en que la expresión más correcta para designar este principio, de acuerdo con el tenor literal de la Constitución, es la de *principio de no estatalidad de las Confesiones.* Sin embargo, no estoy de acuerdo con el sentido que dan a esta expresión, cuando quieren ver en ella una no superación del principio de no confesionalidad y, poniéndole en relación con la mención expresa que en el art. 16,3 se hace de la Iglesia Católica, tratan de ver en ella una especie de confesionalidad encubierta. Según sus propias palabras: «No sería difícil trascender desde esta realidad a una especie de confesionalidad atenuada y no expresa del Estado español basada en el factor social, que no es sino el fundamento de la llamada, por contraposición a la confesionalidad doctrinal o valorativa, confesionalidad sociológica del Estado», Cfr. Llamazares – Suárez, *o.c.,* 33.

Como se afirma en el texto, a mi juicio el principio de no estatalidad no pretende camuflar una confesionalidad todavía no superada, sino que se ha valido de la fórmula que aparecía más neutral en relación con sus dos precedentes constitucionales más inmediatos (las Leyes Fundamentales del régimen de Franco y la Constitución de la II República), para expresar que el Estado español no es un *Estado laico* (en el sentido de *laicista),* ni tampoco un *Estado Confesional.* Esto significa, expresado en categorías más modernas y más exentas de prejuicios o de temores, que nuestra Constitución reconoce la *autonomía e independencia mutuas* que han de existir entre el Estado y las Confesiones religiosas, y más en concreto, puesto que de ella se hace mención expresa en el mismo art. 16,3, *entre el Estado y la Iglesia Católica.* Con esta fórmula se pretende, en definitiva, superar tanto el *laicismo* como la *Confesionalidad de Estado,* que caracterizaron las dos etapas inmediatamente anteriores de nuestro sistema político.

deración de funcionarios que los ministros religiosos pueden tener, se presta a una confusión entre lo que es un *servicio religioso* prestado por las Confesiones, y lo que es una *función pública estatal.* Así se manifiesta, por ejemplo, en el recurso de inconstitucionalidad impugnando la existencia del Cuerpo Eclesiástico castrense, desestimado por el *Tribunal Constitucional* en sentencia de 13.V.1982[47].

Planteada en términos tan simples, la cuestión parece que debería inclinarse en favor de la no Constitucionalidad del sistema funcionarial para los ministros del culto. Sin embargo, la cuestión no es tan clara, teniendo en cuenta que la doctrina

47. En la sentencia se resumen los *motivos alegados* por los recurrentes en los siguientes términos: «Conviene enunciar brevemente las principales razones por las cuales el mantenimiento de un Cuerpo Eclesiástico castrense debe considerarse incompatible con el principio de que «ninguna confesión tendrá carácter estatal». El Estado puede poner a disposición de los militares una asistencia religiosa específica, pero ello no puede significar que los «actos estatales» hayan de ser confesionales, pues en tal caso se infringe el artículo 16,3. El Estado es una organización incapaz de creer o de no creer y su actividad no puede teñirse de elementos religiosos, porque entonces deja de ser el representante de una sociedad pluralista. A juicio de los recurrentes, la consecuencia que produce el mantenimiento de un Cuerpo Eclesiástico castrense es que la asistencia religiosa se transforma en una función estatal; no en una finalidad satisfecha por los poderes públicos, sino en una función genuinamente estatal, como puede ser la defensa del territorio, la justicia o la representación diplomática, con la particularidad de que esa función se define exclusivamente por un criterio o elemento religioso. Como señala Kelsen, la «estatalización» de una actividad significa su «funcionarización», es decir, el hecho de confiar su ejecución a unos órganos especializados que tienen la cualidad de funcionarios. Al funcionarizar la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas se estataliza una actividad religiosa, lo que resulta contrario al principio de que ninguna confesión tiene carácter estatal. El mandato de que ninguna confesión tenga carácter estatal obliga, cuando menos, a que las actividades de las confesiones se realicen por sus ministros o fieles, no por órganos del Estado. Otra consecuencia es que la autoridad vinculada a la ostentación de un grado militar se obtiene en atención al desempeño de un ministerio religioso. La potestad pública que ejercen los miembros de un Cuerpo del Estado deriva de la función religiosa que realizan, lo que es inaceptable, porque esa potestad se recibe para cumplir funciones estatales, que nunca pueden ser religiosas. No proponen los recurrentes que se prohíba a los ministros del culto integrarse como funcionarios en un Cuerpo del Estado; pero no deben ostentar tal cualidad precisamente por ser ministros del culto.

Como dice con acierto Arturo Jemolo, la existencia de oficios que sean al mismo tiempo eclesiásticos y estatales no es rara en el Estado confesional. El Estado español no es confesional y en él ninguna religión tiene carácter estatal, lo que debe excluir cualquier confusión entre oficios religiosos y estatales. No puede existir un cuerpo de funcionarios formado por ministros de una confesión (o de varias), porque ello representa la estatalización de una actividad religiosa. La cooperación con las confesiones puede llevarse tan lejos como se quiera, pero no hasta el punto de que se produzca una «indiferenciación del ethos», que transformaría al Estado en brazo secular de lo religioso y a la religión en factor de cohesión política. La cooperación rectamente entendida supone la existencia de dos sujetos diferenciados, pues si se confunden ya no cooperan, sino que se integran. Supone que los funcionarios colaboran o ayudan a los ministros del culto, pero no que éstos se conviertan en funcionarios. Por consiguiente, el precepto impugnado, al mantener el Cuerpo Eclesiástico castrense debe reputarse contrario a la declaración constitucional de que ninguna confesión tendrá carácter estatal. Indirectamente vulnera el principio de igualdad ya que se quiebra la neutralidad religiosa de los órganos estatales, que es garantía de tratamiento igualitario, y que está asimismo al servicio de los valores de objetividad e imparcialidad a que se refiere el artículo 103, 1.º y 3.º». Cfr. B.O.E. de 9 de junio de 1982, 6-7.

administrativista no acaba de ponerse de acuerdo, acerca de qué sea la «función pública», de cuál es su diferencia con el llamado «servicio público», y de cuál sea exactamente la naturaleza del funcionario[48]. El estudio acerca de la evolución que ha seguido el régimen del funcionario, nos podría llevar a concluir que muchas veces se trata sencillamente de una *técnica administrativa,* para incorporar al servicio de la Administración a las personas que han de prestar servicios permanentes a cargo del Estado[49]. A ello, se alude también en la citada Sentencia del T.C.[50].

48. Para una iniciación a los problemas que plantea la delimitación de estos conceptos véanse, entre otros, los siguientes autores: García Trevijano, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo,* II, Madrid 1967, 2-82; Boquera Oliver, J. M., *Derecho Administrativo,* I, Madrid 1972, 211-249; García De Enterría, E. – Fernández, T. R., *Curso de Derecho Administrativo,* 1, Madrid 1980, 31-48; Garrido Falla, F., *Tratado de Derecho Administrativo,* I, Madrid 1980, 27-208; Entrena Cuesta, R., *Curso de Derecho Administrativo,* I, Madrid 1980, 26-53; Ibídem., II, 273-293; Villar Ezcurra, J. L., *Servicio público y técnicas de conexión,* Madrid 1980.

49. Vid., por ejemplo, Boquera Oliver, J. M., *Derecho Administrativo,* cit., 225-248; Entrena Cuesta, R., *Curso de Derecho Administrativo,* II, cit., 273-285.

Sobre la existencia de oficios y funciones públicas que eran al mismo tiempo eclesiásticas y civiles, y su evolución, vid. Jemolo, A. C., *Lezioni di Diritto Ecclesiastico,* cit., 499-508.

50. « ¿Cómo puede el Estado prestar el servicio de asistencia religiosa? Puede hacerlo a través de sus propios medios, incardinando en su propia organización a las personas más aptas para la prestación del servicio o puede hacerlo valiéndose de fórmulas de «gestión indirecta».

El Derecho comparado ofrece a este respecto muy variadas soluciones. En muchos países occidentales, los capellanes militares forman parte de la estructura del Ejército y están sujetos a los deberes y ordenanzas militares sin otras especialidades que las derivadas de la índole de su función, como es el caso de Italia y de Gran Bretaña. En Estados Unidos, Bélgica, Canadá, Holanda y Suiza se compatibiliza sin desdoro alguno para el Estado aconfesional la existencia de capellanes castrenses integrados en las filas del Ejército y sujetos a graduación. En otros países, como Alemania, no existe un cuerpo eclesiástico castrense, pero hay un reconocimiento amplio de la intervención de las iglesias en el Ejército (artículo 141 de la Constitución de Weimar, declarado vigente por el artículo 140 de la G. G.), hasta el punto de que autorizada doctrina entiende que el precepto fundamenta deberes del Estado como titular de la soberanía militar y derechos de las comunidades religiosas al acceso y ejecución de actividades religiosas. Se aprecia, por tanto, que en los ordenamientos en los que la técnica escogida para la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas no está representada por un criterio orgánico, la posición de control del Estado es notoriamente más débil que las que parten del reconocimiento de un cuerpo castrense propio.

La opción por uno de estos dos sistemas viene condicionada por datos o factores históricos o tradicionales. Y sobre todo «corresponde a la discrecionalidad política de la Ley (del Parlamento) establecer los modos y formas en que se articula la cooperación», La preferencia por el sistema que la demanda califica de «integración orgánica» o por otras fórmulas de asistencia religiosa, por su significado secundario o instrumental debe quedar confiado a la opción del legislador, sin que la Constitución imponga una única solución, lo que sería la negación del pluralismo político como el Tribunal ha destacado desde sus primeras sentencias.

Tanto en el sistema de «integración orgánica» como en los sistemas de «gestión indirecta», el servicio de asistencia se presta por los ministros de culto de cada religión. En el sistema de «integración orgánica», la cualidad de funcionario se ostenta no por ser ministro de culto, sino —como cualquier funcionario– por superar las pruebas selectivas, aunque el título exigido para concurrir a ellas sea un título eclesiástico que para estos efectos los Estados homologan como adecuado a la función a desempeñar». Cfr. B.O.E. de 9 de junio de 1982, 9.

En todo caso, como esta técnica de integración no es la única que conoce el Derecho Administrativo para contratar a los empleados del Estado, quizá fuese más adecuado, para evitar los riesgos de confusión Iglesia–Estado que el sistema funcionarial puede llevar consigo, utilizar otros procedimientos de contratación administrativa, como puede ser la del contrato laboral de arrendamiento de servicios, u otros contratos de «gestión indirecta» que podrían incluso tipificarse, para adaptarlos a las funciones propias de los ministros religiosos, dejando claras en ellos las competencias que a una y otra parte de la relación contractual corresponden[51].

Creemos que esta debe ser una de las materias que han de ser objeto de atención en la aplicación de los Acuerdos entre Estado e Iglesia Católica, debiendo estudiarse cuál sería actualmente el modo más adecuado de integrar orgánicamente en los servicios de asistencia religiosa a los ministros de culto, encargados de prestarlos.

4) En cuanto al *principio de cooperación*, una de las manifestaciones más claras que tiene este principio en el Derecho Comparado es precisamente la que se refiere a la asistencia religiosa en establecimientos públicos especiales[52].

En relación con este punto, me voy a referir sólo a dos cuestiones: 1ª) Cuál es el objeto y hasta dónde se extiende la cooperación; 2ª) Quiénes son sus sujetos y cuál es el instrumento jurídico para instaurarla.

Respecto a la *primera cuestión*, el art. 2º, 3, de la Ley Orgánica de Libertad religiosa establece que «los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa». Ello quiere decir que la cooperación del Estado con las Confesiones religiosas debe extenderse a *todos los medios* que sean necesarios para proporcionar los servicios y prestaciones que lleve consigo la asistencia. Entre estos medios han de incluirse, desde proporcionar los locales y demás dependencias que sean precisas para realizar la actividad de asistencia, hasta las subvenciones económicas que sean también necesarias, especialmente para pagar los gastos que ocasionen los ministros religiosos encargados de prestarla. También habrá de incluir una organización del régimen interior del establecimiento que haga posible la realización del servicio. Así, por ejemplo, al

51. Como afirma la citada sentencia de 13 de mayo de 1981 del Tribunal Constitucional, «la preferencia por el sistema que la demanda califica de «integración orgánica» o por otras fórmulas de asistencia religiosa, por su significado secundario e instrumental debe quedar confiado a la opción del legislador». Ibídem.

Todo ello bien entendido que, como añade también la sentencia, la Constitución no impone una *fórmula única*, lo cual sería la negación del *pluralismo político*.

52. Para un estudio de las manifestaciones de este principio en el Derecho Comparado de los países de la CEE, vid. Corral, c., *La libertad religiosa en la* Comunidad Económica Europea*,* cit.

preverse el régimen de entradas y salidas en un establecimiento penitenciario, deberá tenerse en cuenta cómo se organiza el de los ministros de culto que sean solicitados por los internos.

Respecto a los *sujetos de la cooperación* para la asistencia, lo son, de una parte, al *Estado* con todas sus organizaciones territoriales (comunidades autónomas, provincias y municipios), y de otro, las *Confesiones religiosas,* como representantes de los intereses religiosos de sus miembros[53]. El Estado estará representado por la autoridad competente, según la organización pública de que se trate; y las Confesiones religiosas estarán representadas por sus órganos correspondientes, de acuerdo con su Derecho interno, del que existe una cierta constancia en los Registros de Entidades religiosas[54]; en el caso de la Iglesia Católica habrá que estar a lo que disponga el Derecho Canónico, según el art. 1 del Acuerdo Jurídico con la Santa Sede, al remitir para ello a este ordenamiento.

Finalmente, respecto al *instrumento jurídico* para la cooperación en materia de asistencia, nuestro Derecho Eclesiástico ha optado por el *acuerdo o convenio* con las Confesiones. Así se ha establecido ya, para el caso de la Iglesia Católica, en el art. IV, 2 del Acuerdo jurídico cuando se determina que «el régimen de asistencia religiosa católica… será regulado de común acuerdo entre las competentes Autoridades de la Iglesia y del Estado». Ello quiere decir que la regulación de la asistencia, tanto si adopta la forma pacticia de un contrato o convenio jurídico, como si adopta una forma unilateral, como puede ser una ley o Reglamento, deberá estar previamente acordada con la Autoridad Eclesiástica. Quiere decir también que en un Estado de Autonomías como es el nuestro, las posibilidades de legislación convenida entre los diversos órganos públicos del Estado y de la Iglesia podrán ser muchas, si el proceso de descentralización administrativa sigue el ritmo previsto. En este sentido, la asistencia religiosa podrá instrumentarse, tanto a través de Convenios entre la Administración Central del Estado y la Conferencia Episcopal, como entre las Administraciones territoriales públicas y los Ordinarios diocesanos correspondientes.

53. Sobre la representación de los intereses religiosos, puede verse Lariccia, S., *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano 1967; Berlingo, S., *Il potere autorizzativo nel diritto ecclesiastico*, Milano 1974.

54. Vid. art. 5,2 de la Ley Orgánica de libertad religiosa de 5 de julio de 1980, y art. 3, d) y e) del Real Decreto de 9 de enero de 1981 sobre organización y funcionamiento del Registro de Entidades religiosas.

5.4. *Consecuencias jurídicas*

Por último, antes de acabar mi exposición, quisiera referirme muy brevemente a las consecuencias que «de iure condito» y «de iure condendo» tienen los mencionados principios Constitucionales, en su aplicación a la asistencia religiosa.

Por lo que se refiere a sus consecuencias *de iure condito,* ya me he referido antes a la existencia de normas de nuestro actual ordenamiento jurídico, que por haber sido establecidas en el régimen anterior de confesionalidad del Estado, y no en un régimen de libertad e igualdad religiosa, pugnan con la actual normativa Constitucional. Diversas sentencias del *Tribunal Supremo* han declarado ya que «en caso de conflicto normativo con el ordenamiento jurídico anterior, procede la aplicación directa e inmediata de la Constitución por los tribunales y por todos los poderes públicos en virtud de lo dispuesto en los artículos 9,1 y 53,1 Y Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución», como dice una sentencia del Tribunal Supremo de 13.X.1981[55].

Ello quiere decir que los jueces y tribunales ordinarios tienen potestad para declarar ineficaces todas las normas anteriores a la Constitución que sean contrarias a ella.

Por lo que se refiere a sus consecuencias *de lege ferenda,* sólo quisiera decir que el desarrollo congruente de los principios Constitucionales en relación con la asistencia religiosa, puede ser una buena piedra de toque para conocer, hasta qué punto el «Estado social y democrático de Derecho» que nuestra Constitución preconiza, logra realizar el mandato Constitucional que el art. 9,2 de la misma Constitución establece, al afirmar que corresponde a los poderes públicos

55. Cfr, *Aranzadi,* 1981, ref. 3756.

El *Tribunal Constitucional,* por su parte, se ha referido también a este tema, matizando su posición en diversas sentencias. Así, por ejemplo, en una *sentencia de 2 de febrero de 1981* se afirma: «la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una ley superior –criterio jerárquico– y posterior –criterio temporal–. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar –de una parte– a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que se opongan a la Constitución, y –de otra– a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación.

Esta pérdida de vigencia se encuentra expresamente preceptuada por la disposición derogatoria de dicha norma fundamental… ».

Otra *sentencia de* 31 *de marzo de 1981* del mismo Tribunal afirma: «El carácter de Ley posterior da lugar a la derogación de las leyes y disposiciones anteriores opuestas a la misma, de acuerdo con su disposición derogatoria número 3, es decir, a la pérdida de vigencia de tales normas para regular situaciones futuras». Sobre el mismo tema puede verse también la *sentencia de* 8 *de abril de 1981.* Todas estas sentencias pueden encontrarse en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional, en su número monográfico dedicado a *Jurisprudencia Constitucional Sistematizada,* I (1981) 69-70.

promover las condiciones que hagan posible la libertad e igualdad, y remover los obstáculos que la impidan. Si la libertad religiosa, como afirmaba *Jemolo,* es la primera de las libertades[56], su promoción y fomento debe ser también una de las primeras preocupaciones del Estado democrático. Pero, como enseñaba también el ilustre eclesiasticista italiano, las meras declaraciones de principios no resuelven «los problemas prácticos de la libertad»[57]. Por ello, las *soluciones concretas* que se den a los problemas que plantea la asistencia religiosa nos podrán servir de pauta para medir la *calidad* de nuestro Derecho Eclesiástico.

56. Vid. Jemolo, A, C., *I problemi pratici della libert,à* Milano 1961, 130-144.

57. Se trata de una enseñanza presente en las bellas páginas de su libro antes citado, donde desarrolla *los problemas prácticos y reales de la libertad.*

6

LA ASISTENCIA RELIGIOSA EN LOS HOSPITALES PÚBLICOS*

Sumario: 1. Asistencia religiosa y Derecho Eclesiástico del estado. 2. La asistencia religiosa como Derecho subjetivo. 3. Asistencia religiosa y estado social de Derecho. 4. El régimen jurídico de la asistencia religiosa en el sistema de fuentes del Derecho Eclesiástico español. 5. El servicio religioso en los hospitales. Organización y funciones. 6. Relaciones jurídicas entre el personal del servicio religioso y la institución hospitalaria. 7. Medios y recursos materiales del servicio religioso.

1. Asistencia religiosa y Derecho eclesiastico del estado

El 24 de julio de 1985, en aplicación del acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, se firmó el acuerdo sobre Asistencia Religiosa Católica en Centros Hospitalarios Públicos. Por Orden de 20 de diciembre de 1985 se publicó en el Boletín Oficial del Estado y, a partir del 1 de enero del presente año 1986, ha entrado en vigor. Se consuma así la operatividad jurídica de una normativa que afecta a un punto de indudable interés para el Derecho Eclesiástico del Estado español. En este estudio me propongo examinar con brevedad algunos perfiles de la asistencia religiosa en los Centros sanitario públicos y, en particular, tal como han sido diseñados por el citado acuerdo de 24 de julio de 1985 entre el Gobierno y la Conferencia episcopal española.

Ante todo hay que recordar que la *asistencia religiosa* es un concepto que ha ido delimitándose poco a poco por el Derecho Eclesiástico y que cabe entenderlo de dos maneras.

En un *sentido amplio,* por asistencia religiosa se entiende «aquellos servicios y actividades de atención que las Iglesias y confesiones religiosas prestan a sus miembros para la realización de los fines religiosos. Sin embargo, cuando en

(*) Publicado en AA.VV., «*Dimensiones jurídicas del factor religioso*», (volumen homenaje al Prof., M. López Alarcón), Murcia (1987) 321-337. Publicado también en Actualidad Administrativa 20 (1987) 1137-1147; 21 (1987) 1185-1191.

Derecho Eclesiástico se habla de asistencia religiosa, nos estamos refiriendo a la regulación que de esos servicios y actividades hace el Derecho del Estado»[1].

Pero hay un *sentido más estricto* de la asistencia religiosa que también ha sido pergeñado por el Derecho Eclesiástico. «Se trata de aquel tipo de asistencia que facilita el Estado a las personas que se encuentran en determinadas situaciones que hacen difícil, o incluso imposible si el Estado no colaborase, el ejercicio del Derecho de la libertad religiosa. Cuando las personas padecen una limitación en el ejercicio de su libertad, por hallarse en tales situaciones, el Estado se ve obligado a establecer los medios necesarios para que el ejercicio de la libertad religiosa no se vea impedido, ni se produzca una discriminación a la hora de ejercitar los derechos fundamentales, que se reconocen y garantizan a todos los ciudadanos. Me estoy refiriendo, como ya se habrá adivinado, a aquellas situaciones típicas en que se encuentran las personas, mientras permanecen en determinados centros o establecimientos, como pueden ser los establecimientos militares, penitenciarios, asistenciales, sanitarios y centros similares»[2].

Tanto en su significado amplio como en su significado estricto y, al igual que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, la asistencia religiosa aparece configurada *en el Derecho español* como un Derecho que corresponde a todas las personas sin distinción. Así se expresa, en términos inequívocos, el artículo 2º 1,b) de la Ley Orgánica de libertad religiosa de 5 de julio de 1980: «la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el Derecho de toda persona a recibir asistencia religiosa de su propia confesión».

2. La asistencia religiosa como Derecho subjetivo

Antes de tratar del régimen jurídico que la asistencia religiosa tiene en los centros hospitalarios públicos, conviene detenerse en la naturaleza y fundamento de este Derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo que se refiere a su *naturaleza,* como acabamos de mencionar se trata de un *Derecho subjetivo* que corresponde de un modo directo a todas las personas

1. Cfr. Molano, E., *La asistencia religiosa en el Derecho Eclesiástico del Estado español,* Persona y Derecho 11 (1984) 214. En este mismo trabajo se puede encontrar un amplio elenco de la bibliografía sobre asistencia religiosa (212-213). Entre la escasa bibliografía española sobre la materia me es muy grato mencionar, en este volumen de Homenaje, el estudio del profesor López Alarcón sobre «el interés religioso y su tutela por el Estado», en el que se incluye un amplio apartado sobre «la tutela asistencial del interés religioso». Vid. *Derecho Eclesiástico del Estado español,* Pamplona ²1983, 565-569.

2. Cfr. Molano, E.: *La asistencia religiosa…,* cit., 215.

individuales, aunque indirectamente parece que han de gozar también de él las propias confesiones religiosas.

Además de la declaración explícita como Derecho de toda persona que de él se hace en la Ley Orgánica de libertad religiosa, existen otros fundamentos legales para entender que se trata también de un Derecho que indirectamente corresponde a las Confesiones. En primer lugar porque se trata de un Derecho que deriva directamente del Derecho fundamental de libertad religiosa, que según el artículo 16, 1 de nuestra Constitución corresponde tanto a los «individuos» como a las «comunidades». En segundo lugar, porque así parece deducirse también claramente del Acuerdo jurídico con la Santa Sede.

En este acuerdo, el artículo I, 1) hace un amplio reconocimiento de la Iglesia Católica, al reconocerle su Derecho a «ejercer su misión apostólica» y al garantizarle «el libre y público ejercicio de las actividades que le son propias». Parece evidente que una de esas actividades es cabalmente la asistencia religiosa de sus miembros.

Posteriormente, en el artículo IV, 1) del mismo acuerdo el Estado se refiere expresamente al Derecho de asistencia religiosa reconociéndolo y garantizándolo explícitamente como un Derecho subjetivo de todos «los ciudadanos internados en establecimientos penitenciarios, hospitales, sanatorios, orfanatos y centros similares, tanto privados como públicos». Y en el apartado 2) del mismo artículo reconoce el interés directo de la Iglesia Católica en la satisfacción de ese Derecho, cuando declara que «el régimen de asistencia religiosa católica y la actividad pastoral de los sacerdotes y de los religiosos en los centros mencionados que sean de carácter público serán regulados de común acuerdo entre las competentes autoridades de la Iglesia y del Estado». Parece, por tanto, que la asistencia religiosa a la que se refiere el artículo IV del acuerdo es una de esas actividades que se le reconocen y garantizan a la Iglesia Católica en el artículo I, 1) del mismo acuerdo.

El reconocimiento de la asistencia religiosa como un Derecho, no sólo de los individuos sino también de las confesiones, tiene interés, entre otras cosas, porque a la hora de organizarse esa asistencia por parte del Estado para facilitarla a los ciudadanos, habrá que reconocer *la plena competencia* que las confesiones religiosas tienen en relación con la prestación de esa asistencia por lo que se refiere a su objeto y contenido, no siendo el Estado en este punto sino un mero intermediario entre el ciudadano y la confesión a que pertenezca, y limitándose por tanto los poderes públicos a facilitar y hacer posible la prestación de la asistencia por parte de las confesiones.

En este sentido, las normas que regulan esta materia no suelen referirse al *objeto y contenido* de la asistencia religiosa para tratar de especificarlo, pues, ob-

viamente, se entiende que es a cada confesión religiosa en particular a quien corresponde la especificación de las actividades y prestaciones que comporta la asistencia, dentro del amplio margen que al ejercicio de la libertad religiosa corresponde en nuestro Derecho, sin más límites que «el orden público protegido por la Ley», tal como el artículo 16, 1 de la Constitución española proclama. Entre otras cosas, las prestaciones a que da lugar la asistencia religiosa serán distintas según la confesión de que se trate y, por tanto, difícilmente podrán ser reconducibles a un elenco tasado de prestaciones, que sólo podrían ser enumeradas en todo caso por vía de ejemplo y para referirse a aquellas que pudieran considerarse más típicas, pero sin ánimo de restringirlas a una posible tipificación legal.

Al Derecho de las personas y de las confesiones a la asistencia religiosa corresponde, pues, el deber correlativo del Estado y de todos los poderes públicos de reconocer y garantizar ese Derecho, tal como afirman nuestras normas vigentes. Pero, como se acaba de indicar, no es el Estado propiamente dicho quien presta esa asistencia religiosa, sino que, como veremos, el Estado se limita a facilitar y proporcionar los medios que sean necesarios para llevar a cabo la asistencia, según las modalidades que se determinen para los diversos supuestos, que podrán dar lugar a la organización de un servicio a cargo del Estado, para hacer posible esa asistencia en determinados establecimientos públicos. La competencia del Estado se agota en la organización del servicio y en poner a disposición de las personas y de las confesiones los medios y recursos necesarios para prestarlo, pero la prestación misma del servicio será ya competencia exclusiva de la confesión religiosa correspondiente, de la que el Estado tendrá que recabar la necesaria colaboración. Se ve así cómo el ejercido de los derechos que son consecuencia de la libertad religiosa y, entre ellos el que estamos estudiando, hace necesaria una cooperación entre el Estado y las confesiones en el sentido previsto por el artículo 16, 3 de nuestra Constitución.

3. Asistencia religiosa y estado social de Derecho

Después de todo lo dicho, nos hemos ido aproximando también *al fundamento* de este Derecho a la asistencia religiosa en nuestro ordenamiento jurídico. Este fundamento hay que situarlo en el contexto del *Estado Social* y del *Estado de Asistencia Social* contemporáneo, que se ha ido configurando en los ordenamientos jurídicos de los países democráticos más avanzados y que se propone también como un objetivo para el nuestro, en virtud del artículo 1º 1 de nuestra

Constitución, por el que se constituye a España como un Estado Social y democrático de Derecho[3].

Como es sabido, el Estado Social y asistencial actual, en contraposición al modelo liberal de Estado que floreció sobre todo en el siglo pasado, pretende asumir una actitud positiva y no meramente pasiva o negativa ante los derechos y libertades reconocidos por el ordenamiento jurídico. Dicho en otros términos, los entiende no sólo como derechos y libertades formales que dan lugar a meras inmunidades de coacción, sino como *derechos y libertades materiales,* cuyo ejercicio puede exigir del Estado determinadas prestaciones y ayudas que lo garanticen de un modo real y efectivo para todos los ciudadanos y grupos sociales. Ello supone por parte de los poderes públicos una tarea de *promoción y fomento de los derechos* en la que, además de la libertad, se propugna también la igualdad como un valor que debe informar el ordenamiento jurídico, y que ha de hacerse efectivo por el Estado a la hora de reconocer y garantizar tales derechos.

Este es el contexto en el que se sitúa también nuestra Constitución al definir a España como un Estado Social y Democrático de Derecho, y al establecer las funciones que corresponden a los poderes públicos en el sentido en que lo hace el *artículo 9º,* 2: «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud…», etc. Entre las libertades que se benefician de esa actitud del Estado, se encuentra, obviamente, la libertad religiosa reconocida en el artículo 16, y todos los derechos y facultades que forman parte de su contenido, tal como los enuncia el artículo 2 de la L.O.L.R., entre ellos el Derecho a la asistencia religiosa[4].

Fruto también de esa concepción del Estado, puesta ya en relación con la libertad religiosa, es el *principio de cooperación* entre el Estado y la Iglesia Católica y demás confesiones, a que se refiere el artículo 16,3 de la C.E. Sin perjuicio de la laicidad del Estado, nuestra Constitución adopta ante la libertad religiosa una actitud positiva de promoción y fomento, que se articula a través de esa coopera-

3. Sobre la calificación del Estado español como Estado Social de Derecho en la Constitución de 1978, pueden verse: Garrorena Morales, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho,* Madrid 1984. Ballesteros, J.: *Los principios básicos de la Constitución española (1): El Estado social y democrático de Derecho,* en *Estudios sobre la Constitución española,* Valencia 1980, 37-44.

Sobre la incidencia del Estado social en relación con los intereses religiosos de los ciudadanos, y sobre el fomento y promoción de los derechos derivados de la libertad religiosa, vid. Moneta, P.: *Stato sociale e fenomeno religioso,* Milano 1984. En este libro se encuentra también una amplia bibliografía al respecto.

4. Un comentario a todo el texto de la Ley Orgánica de libertad religiosa se encuentra en Ciaurriz, M. J., *La libertad religiosa en el derecho español. La Ley Orgánica de libertad religiosa,* Madrid 1984.

ción con las confesiones. De lo que llevamos dicho ya se comprende cuán difícilmente se podría hacer efectivo el ejercicio de la libertad religiosa si el Estado no mantuviese una colaboración con la Iglesia Católica y las demás confesiones. Un ejemplo particularmente significativo lo proporciona precisamente el Derecho a la asistencia religiosa que estamos estudiando.

Como consecuencia de este planteamiento del Estado Social que se refleja en la Constitución española y de su incidencia respecto a las creencias religiosas, la Ley Orgánica de libertad religiosa extrae las consecuencias que de ello derivan en relación con la asistencia religiosa. Utilizando términos muy similares a los que utiliza el artículo 9º, 2 de la C.E., con el que se encuentra en una indudable conexión, *el articulo 2º, 3 de la L.O.L.R.* dispone normativamente esas consecuencias: «para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los estable cimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia…». De esta forma, el Estado español se compromete así a garantizar de un modo real y efectivo, el ejercicio de un Derecho formalmente declarado antes.

En las páginas que siguen veremos cuál es el régimen jurídico que sigue en concreto la asistencia religiosa en los centros hospitalarios públicos, y en particular, aquel que se refiere a la Iglesia Católica que, por ser el que afecta a mayor número de personas, ha sido ya objeto de una específica regulación en el acuerdo mencionado al comienzo de este estudio.

4. El régimen jurídico de la asistencia religiosa en el sistema de fuentes del Derecho Eclesiástico español

Antes de referirme a puntos concretos de ese régimen jurídico, convendrá recordar cuál es el cuadro normativo en que se sitúa esa regulación, y cuáles son las fuentes e instancias jurídicas que gradualmente han intervenido o habrán todavía de intervenir para la aplicación, concreción y efectividad de esas normas reguladoras.

La asistencia religiosa católica en los hospitales públicos se rige en primer lugar por la Constitución como norma fundamental y, en segundo lugar, por el Acuerdo jurídico entre la Santa Sede y el Estado español, cuyo artículo IV se refiere expresamente a esta materia, así como por la Ley Orgánica de la libertad religiosa, en la medida en que es una ley–cuadro que desarrolla los contenidos y consecuencias de la libertad religiosa regulada en la Constitución, y cuya re-

lación con los Acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede es objeto de diversas interpretaciones por parte de la doctrina[5].

De acuerdo con el artículo IV, 2) del citado Acuerdo jurídico «el régimen de asistencia religiosa católica y la actividad pastoral de los sacerdotes y de los religiosos en los centros mencionados (entre otros, los hospitalarios) que sean de carácter público serán regulados de común acuerdo entre las competentes autoridades de la Iglesia y del Estado». En aplicación de este artículo, que establece la necesidad de una regulación bilateral para la asistencia religiosa hospitalaria, se ha firmado el acuerdo de 24 de julio de 1985, en el que han intervenido, por parte del Estado, los señores Ministros de Justicia y de Sanidad y Consumo, y, por parte de la Iglesia, el señor presidente de la Conferencia Episcopal española, debidamente autorizado por la Santa Sede, según se indica en el preámbulo que precede al acuerdo.

Se trata, por tanto, de un acuerdo a nivel inferior, en el que los sujetos que intervienen son representantes del Gobierno español y de la Conferencia Episcopal española, para proceder a su vez a la aplicación de otro acuerdo de rango superior, cual es el celebrado entre el Estado español y la Santa Sede, cuyos firmantes en este caso son los representantes en su grado más alto de ambas instituciones. En este sentido, la *naturaleza jurídica del Acuerdo sobre hospitales* deriva precisamente de ser un acuerdo de ejecución de un tratado internacional, y no debe engañarnos el procedimiento jurídico que se ha utilizado para su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Como es sabido, el acuerdo se ha publicado en el B.O.E. a través de una Orden ministerial de 20 de diciembre de 1985 que lleva la firma del entonces ministro de la Presidencia del Gobierno. La finalidad de la Orden es la «de dar efectividad al referido acuerdo» en el ordenamiento jurídico español, previa publicación del mismo. Pero el rango jurídico del acuerdo, dentro del sistema de fuentes del Derecho español, no es el de una Orden ministerial (simple instrumento, en este caso, para su publicación en el B.O.E.), sino el de una norma de aplicación inmediata de un tratado internacional, en cumplimiento del procedimiento establecido por el propio tratado. De ahí que cualesquiera otras normas que afecten a la materia que regula y que sean de grado inferior a la Constitución y al tratado internacional mencionado habrán de hacerse compatibles con lo establecido en el acuerdo, y sólo podrán aplicarse subsidiariamente respecto a lo que en él se establece.

5. El estado de la cuestión, con referencia a los diversos sectores doctrinales, y citas de bibliografía al respecto, se puede ver en Ciaurriz, M. J., *La libertad religiosa*, cit., 92-100.

Por otra parte, el propio acuerdo sobre asistencia religiosa en hospitales está en cierto modo concebido como norma–marco, cuya aplicación a su vez puede hacer necesaria la firma de nuevos acuerdos o convenios entre las entidades estatales e institucionales públicas que sean titulares de centros hospitalarios y las autoridades eclesiásticas competentes. Así lo establece el artículo 9º del acuerdo: «Dentro del marco establecido por el presente acuerdo, las instituciones titulares de los diversos centros hospitalarios podrán concertar con las autoridades eclesiásticas católicas competentes la forma y los términos de una regulación detallada de la asistencia religiosa católica».

Por parte del Estado, Instituciones titulares de Centros hospitalarios pueden ser todas las Administraciones Públicas, ya sean centrales, territoriales o institucionales. De acuerdo con el proceso de descentralización que para la Sanidad propugna la reciente Ley General de Sanidad, un papel importante lo desempeñarán en el futuro las Comunidades Autónomas, a través de sus propios centros hospitalarios[6]. En la actualidad, esas instituciones titulares de centros hospitalarios públicos son el INSALUD (Instituto Nacional para la Salud), el AISN (Administración Institucional para la Sanidad Nacional), las Comunidades Autónomas, las Diputaciones, los Ayuntamientos y las fundaciones públicas.

Por parte de la Iglesia, autoridades eclesiásticas competentes a ese nivel de convenios pueden serlo, tanto la Conferencia episcopal española, representada para esta materia por el presidente de la Comisión episcopal de Pastoral, como los obispos de las diócesis que coinciden con la circunscripción territorial de las Comunidades Autónomas, y los propios ordinarios de los lugares, especialmente en relación a posibles convenios con Diputaciones provinciales o con Ayuntamientos.

De hecho, desde la entrada en vigor del acuerdo sobre asistencia religiosa se han empezado ya a firmar convenios en aplicación de lo previsto en el citado artículo 9º del acuerdo. Así se ha firmado ya un convenio entre el INSALUD, representado por su director general, y la Conferencia Episcopal española, representada por el presidente de la Comisión Episcopal de Pastoral, con fecha de 23 de abril de 1986. En este convenio, que deberá ser recogido o incorporado como anexo en los reglamentos y normas de régimen interno de todos los centros hospitalarios del Instituto Nacional de la Salud (artículo 10º del convenio), se hace

6. La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 (B.O.E. de 29 de abril) está concebida como una norma básica, en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución. Aunque reserva algunas competencias exclusivas a la Administración Central, la ejecución del llamado «sistema de salud» se confía en gran parte a las Comunidades Autónomas a través de sus propios Servicios de Salud.

una regulación más detallada de algunas normas contenidas en el acuerdo sobre asistencia religiosa. Al mismo tiempo se crea una Comisión mixta paritaria para la aplicación y seguimiento del convenio (art. 11º).

Como se ve, la regulación de la asistencia religiosa en los centros hospitalarios está sometida a un régimen jurídico escalonado, en el que se pone de manifiesto la peculiar jerarquía normativa que es propia del Derecho Eclesiástico del Estado. Parece reflejarse en ella aquello que la doctrina llamaba *«Complejo concordatario»*, es decir, un conjunto de normas jurídicas cuyo origen y fuente principal se encuentra en los acuerdos con la Santa Sede, pero cuya aplicación requiere la intervención de otras instancias normativas, a través de un proceso gradual de concreción, hasta llegar a los órganos de ejecución más próximos a la base de esa específica pirámide normativa, en cuyo vértice se encontrarían los acuerdos y, en último término, la Constitución[7].

5. El servicio religioso en los hospitales. Organización y funciones

Teniendo en cuenta sobre todo el *acuerdo sobre asistencia religiosa católica en centros hospitalarios públicos de 24 de julio de 1985,* me voy a referir a continuación a determinados aspectos de la regulación que me parecen de especial interés para conocer su contenido y, en particular, lo relacionado con el *servicio religioso* que se crea, con el *personal* que estará a cargo de ese servicio, y los *medios y recursos* de que dispondrá.

Ante todo hay que decir que, según asegura el artículo 1º del acuerdo, finalidad principal del mismo es la de garantizar por parte del Estado el ejercicio del Derecho a la asistencia religiosa de los católicos internados en los centros hospitalarios del sector público, concretamente del INSALUD, AISNA, Comunidades Autónomas, Diputaciones, Ayuntamientos y fundaciones públicas.

Sin embargo, como parece que esta finalidad se podría garantizar de varias formas posibles, en el acuerdo se opta por una de ellas, que parece es la que mejor salvaguarda la plena inserción de asistencia religiosa dentro del hospital[8].

7. Sobre el llamado «Complejo concordatario», vid., por ejemplo, Maldonado, J., *Curso de Derecho canónico para juristas civiles,* Madrid 1967, 83-84. Un excelente resumen del Derecho concordatario se encuentra en Giménez y Martínez de Carvajal, J., *Los Concordatos en la actualidad,* en AA.VV., *Derecho canónico,* Pamplona 1974, 347-398.

8. Estas posibles formas de garantizar la asistencia religiosa se pueden reducir a tres alternativas fundamentales:

a) Que la dirección del hospital se limite a permitir el libre acceso al mismo del personal encargado de la asistencia religiosa.

Para eso crea a tal efecto «un servicio u organización para prestar la asistencia religiosa católica y atención pastoral a los pacientes católicos del centro» (artículo 2.º).

En los términos utilizados por el acuerdo –«servicio u organización»– trata de destacarse, efectivamente, el *carácter orgánico* que debe tener la inserción del servicio dentro del hospital, y su articulación coordinada con el resto de los servicios hospitalarios, en evitación de que sea una especie de «quiste» ajeno a la estructura y funciones internas del centro. Para facilitar más esta integración, el serv1c1o queda también vinculado a la Gerencia o Dirección General del hospital (artículo 2º), pues es a la Dirección a quien compete obviamente la coordinación de todos los servicios que se realicen en él.

Por otra parte, tanto el personal que presta el servicio de asistencia religiosa, como la Gerencia o Dirección y el resto del personal que presta servicios de otro tipo en él, están obligados a mantener la necesaria *coordinación,* cuyo beneficiario es en último término la persona del enfermo como destinataria última de los servicios hospitalarios. Así lo establece el artículo 5º del Acuerdo, que dispone, además, que todos los servicios del hospital y la propia Dirección o Gerencia deberán facilitar los medios y la colaboración necesarios para el desempeño de la tarea de asistencia religiosa, proporcionando en especial las informaciones oportunas sobre los pacientes [9].

Parecida preocupación por esta integración orgánica en el hospital manifiesta la norma contenida en el artículo 4º del Acuerdo al disponer que si, en razón de las necesidades del centro hospitalario, la asistencia religiosa estuviese a cargo de varios capellanes, el Ordinario deberá designar a uno de ellos como «respon-

b) Que las instituciones hospitalarias faciliten incluso locales y la infraestructura necesaria, pero corriendo a cargo exclusivamente de la Iglesia el servicio religioso mismo, en lo que se refiere a su organización y a los gastos económicos que ocasione.

c) Que la asistencia se integre en el hospital, como un servicio más del propio hospital, asumiendo el Estado la organización y los gastos que ocasione, aunque con la necesaria colaboración de la Iglesia en lo que se refiere a la dirección y orientaciones relacionadas con el contenido de las funciones específicamente religiosas y pastorales del mismo.

El Acuerdo ha optado por esta última alternativa, cuya regulación es el objeto principal de su articulado.

9. En el artículo 6º del Convenio entre el INSALUD y la CEE se detalla aún más el contenido de esta mutua colaboración y coordinación que debe existir entre esos servicios. Su texto es el siguiente: «las personas que presten el servicio de asistencia religiosa católica desarrollarán su actividad en coordinación con los demás servicios del centro hospitalario. Tanto éstos como la gerencia les facilitarán los medios y colaboración necesarios para el desempeño de su misión y, en especial, las informaciones oportunas sobre los pacientes. El personal del centro procurará comunicar al capellán o al servicio religioso el deseo del paciente, manifestando por sí mismo o por sus familiares, de recibir asistencia religiosa».

sable de la misma». De este modo, esa persona responsable será quien deberá asistir a las reuniones de los diversos servicios y entenderse más directamente con la dirección para recabar la necesaria colaboración, al mismo tiempo que se logra una más eficaz coordinación intrahospitalaria.

Esta preocupación del Acuerdo por la integración del servicio religioso en el hospital hay que juzgarla como un acierto que explica también, a mi juicio, cómo de las posibles fórmulas que podían elegirse para garantizar la asistencia religiosa, se ha elegido la que parece más acorde con esa articulación orgánica en el hospital. Se ha creado *un servicio más,* que no se distingue de los otros más que en lo específico de su función, y que debe coadyuvar a una asistencia sanitaria integral, en la que los cuidados pastorales propios de la asistencia religiosa habrán de contribuir también a un aumento de la calidad en la asistencia global que recibe el enfermo.

Sin embargo, dadas las específicas funciones que este servicio realiza, deberán ponerse los medios para que se respeten de un modo exquisito las *diversas competencias* que sobre él inciden, en concreto aquellas que corresponden a la Dirección del hospital, de una parte, y a la autoridad eclesiástica competente, de otra. Para esa delimitación de competencias será preciso tener en cuenta cuáles son exactamente las *funciones que ese servicio presta.*

El Acuerdo sobre asistencia no explicita cuáles sean esas *funciones,* limitándose a decir que «la asistencia religiosa católica se prestará en todo caso con el debido respeto a la libertad religiosa y su contenido será conforme con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica 4/1980, de 5 de julio, sobre libertad religiosa» (artículo1.º). De todas formas, el artículo 2 de la L.O.L.R. está redactado con la suficiente amplitud como para recoger dentro de él toda la amplia gama de expresiones y actividades que pueden ser objeto de la asistencia religiosa.

Más explícito en este punto ha sido el Convenio entre el INSALUD y la Conferencia Episcopal española, que se atreve a enumerar en su artículo 2.º algunas de las actividades que comprende la asistencia, bien entendido que no pretende ser exhaustivo sino dejar abierto el campo de posibilidades. Por eso, «entre otras», enumera las siguientes: a) visita a los enfermos, b) celebración de los actos de culto y administración de Sacramentos, e) asesoramiento en las cuestiones religiosas y morales, d) colaboración en la humanización de la asistencia hospitalaria.

Parece claro, por tanto, que las directivas y orientaciones sobre el modo de ejercitar esas actividades en cuanto a su *contenido religioso y pastoral* deben ser competencia de la Autoridad Eclesiástica correspondiente (en principio, el Ordinario del lugar), y ante ella tendrá que responder el personal encargado de la

asistencia, correspondiendo también a aquélla el deber de inspección y vigilancia adecuado.

En cambio, aquellos aspectos de la actividad del servicio que se refieran, tanto a su coordinación con los restantes servicios del hospital, como a la disciplina interna del centro, así como a la eficacia y diligencia «profesional» con que se desempeñan las tareas propias del servicio, deberán ser competencia de la Dirección del centro hospitalario. Me parece que a la fina sensibilidad que cabe esperar y debe exigirse a una inteligente Dirección del hospital no le será difícil deslindar en la práctica cuáles son los límites precisos de sus competencias, y lo mismo cabría decir respecto del Ordinario correspondiente.

Esta *doble dependencia* en la organización del servicio religioso se ha manifestado en el Acuerdo de diversas maneras, pero especialmente en relación con el *nombramiento y cesación* de los capellanes o personas que prestan la asistencia. Así, mientras la designación de las personas corresponde al Ordinario del lugar, su nombramiento corresponde a la institución titular del centro hospitalario. En cuanto al cese, también se establece una doble posibilidad: podrán cesar en sus funciones, bien por la retirada de la misión canónica, o bien por decisión de la institución titular del centro hospitalario [10]. Todo ello se establece en el artículo 4º del Acuerdo, añadiéndose por lo que al cese se refiere, que antes de procederse al mismo «deberá ser comunicado al director del centro hospitalario o al Ordinario del lugar, según proceda», sin que esa comunicación parezca tener otra relevancia jurídica que la de una notificación previa y no se requiera, por tanto, el consentimiento de la otra parte.

La competencia del Ordinario del lugar se manifiesta también en el hecho de que sea él quien tenga atribuciones para designar al *responsable del servicio,* en el caso de que existan varios capellanes (artículo 4º). Se le reconocen así plenas facultades de dirección en lo que se refiere a lo que se podría designar como «organización técnica» del servicio (entendiéndose por tal aquella que hace referencia a la organización religiosa o pastoral, en este caso).

Finalmente, por lo que se refiere a los *beneficiarios del servicio de asistencia religiosa,* el Acuerdo menciona a una serie de personas y establece también un orden de prioridades. Así, en primer lugar, serán beneficiarios del servicio «los

10. La dependencia de las personas encargadas del servicio religioso respecto del Ordinario del lugar se manifiesta principalmente a través de la «*misión canónica*», por la que se les encarga esa tarea pastoral y se les atribuyen las competencias necesarias para el desempeño de sus funciones. De ahí que la misión canónica sea requisito *sine qua non* para el nombramiento de ese personal por parte de la institución titular del centro hospitalario, así como para la validez de cualquier clase de contratos que pudieran establecerse entre esa institución y las personas del servicio religioso. Por tanto, la retirada de esa misión por parte del Ordinario producirá como efecto inmediato el cese de la persona afectada.

pacientes católicos del centro», pero «estará también abierto a los demás pacientes que, libre y espontáneamente, lo soliciten» (artículo 2º). Ante esta precisión, distinguiendo los dos tipos de beneficiarios, habrá que entender la norma en el sentido de que no se harán discriminaciones, y que también los pacientes no católicos pueden acudir al servicio católico; y también se debe entender en el sentido de que los pacientes católicos no es necesario que lo pidan, pues se presume que lo desean. Pero, en todo caso, la prestación de la asistencia es claro que deberá respetar la libertad religiosa y de conciencia de todos los pacientes.

Además de los enfermos, y en segundo lugar, tienen también Derecho a beneficiarse del servicio los familiares de los pacientes y el personal católico del centro que lo deseen. Pero en este segundo caso, la prestación del servicio estará condicionada a que las necesidades del servicio hospitalario lo permitan, según establece el mismo artículo 2º del Acuerdo. Parece ocioso referirse a la razón de ser de la prioridad establecida por la norma, pues es evidente que el ejercicio del Derecho de libertad religiosa, que el Estado debe garantizar a todas las personas, se encuentra especialmente impedido, salvo que el Estado facilite eficazmente apropiados medios, en aquellas personas que como enfermos padecen un particular condicionamiento; no lo está en cambio con respecto a las demás personas, que aunque permanezcan en el hospital, pueden valerse por sí mismas. Ello no obsta, sin embargo, a que subsidiariamente puedan ser beneficiarias también de un Derecho que se garantiza a todos.

6. Relaciones jurídicas entre el personal del servicio religioso y la institución hospitalaria

El *estatuto jurídico del personal* encargado de la asistencia religiosa en los centros sanitarios había constituido una preocupación, hasta ahora, para aquellos sectores Eclesiásticos relacionados con la Pastoral sanitaria. Ello es debido a la situación poco clara y precisa en que se encontraba ese personal en relación con la definición de sus funciones, con la determinación de sus derechos y obligaciones, la delimitación de su dependencia, la fijación de sus horarios, etc. Esa situación era varia y diversa según la entidad de la que dependían los hospitales, y también incluso dentro del mismo hospital.

Básicamente, las situaciones jurídicas en que, prácticamente hasta la actualidad, se han encontrado los capellanes se pueden reducir a las cuatro siguientes:

a) Asimilación a los *funcionarios*. En esta situación se encuentran un buen número de capellanes de hospitales dependientes de la Administración local (Diputaciones y Cabildos, y Ayuntamientos).

b) Situación jurídica regulada por un *contrato laboral individual* con la institución hospitalaria correspondiente. Ha sido la situación de los capellanes de hospitales dependientes de la AISN (Administración Institucional de la Sanidad Nacional).

c) Situación jurídica regulada por un *Convenio de prestación de servicios* realizado entre el Ordinario y la institución hospitalaria. Ha sido la situación más común. A ella han estado sometidos los capellanes de hospitales de la Seguridad Social, los de los clínicos universitarios, en su mayor parte, y algunos de centros privados.

Prestación de servicios basada en un *compromiso verbal,* generalmente entre la institución hospitalaria y la parroquia en que está situado el hospital. Estos capellanes no figuran en nóminas y, en algunos casos, perciben una gratificación.

Ante esta variedad de situaciones, que en algunos casos podría dejar a los capellanes en situación de indefensión jurídica si no tenían un estatuto claramente reconocido, era necesario abordar, en el Acuerdo que estableciese el régimen jurídico de la asistencia religiosa, a través de qué cauce jurídico se establecería la *relación jurídica* entre el personal que prestase la asistencia y la institución hospitalaria, delimitando también el estatuto de sus derechos y obligaciones.

En el Acuerdo sobre asistencia religiosa de 24 de julio de 1985 se aborda esta situación con una cierta *flexibilidad jurídica,* dada la peculiar relación de servicio que se establece entre el personal encargado de la asistencia y la institución sanitaria, y dada la competencia que, como ya hemos visto, corresponde también al Ordinario respecto a las funciones realizadas por ese personal. En este sentido, parece que el Acuerdo pretende dejar un cierto margen de maniobra para que en los restantes Convenios de aplicación que pueden firmarse entre las diversas entidades públicas titulares de centros sanitarios y las Autoridades Eclesiásticas correspondientes, se detallen y concreten los puntos no abordados en el Acuerdo, permitiendo así que se adapten a las circunstancias particulares de las diversas instituciones que intervengan[11].

El régimen jurídico previsto en el Acuerdo considera, ante todo, que el personal de asistencia religiosa puede estar formado por «capellanes o personas idóneas» (artículo 4º). De este modo permite la utilización pastoral para ese servicio, no solamente de sacerdotes, sino también de diáconos, de religiosos e incluso de laicos; la cuestión está relacionada con las funciones propias del

11. En el artículo 9º del Acuerdo se establece que «dentro del marco establecido por el presente Acuerdo, las instituciones titulares de los diversos centros hospitalarios podrán concertar con las autoridades eclesiásticas católicas competentes la forma y los términos de una regulación detallada de la asistencia religiosa católica».

servicio religioso que, como ya hemos visto, no se reducen exclusivamente a la administración de sacramentos, sino a otras atenciones pastorales en las que los capellanes propiamente dichos pueden utilizar la colaboración de otras personas, sean clérigos, religiosos o laicos.

Con respecto a la *relación jurídica* que ha de establecerse para la inserción del personal del servicio religioso en el hospital, el Acuerdo elige dos posibilidades, atribuyendo a las distintas administraciones públicas competentes en la gestión de centros hospitalarios la facultad de optar «bien por la celebración de un contrato laboral con dicho personal, bien por la celebración de un oportuno Convenio con el Ordinario del lugar, todo ello de conformidad con las condiciones establecidas en el presente Acuerdo» (artículo 7º).

En cuanto a estas dos formas posibles de establecer la relación jurídica, hay que decir que la del *contrato laboral* es la más tipificada en cuanto a su régimen jurídico, pues parece que ese régimen debiera ser el propio del Derecho Laboral, en tanto fuese compatible con lo establecido en el propio Acuerdo sobre asistencia y con las demás normas jurídicas, ya señaladas más arriba, por las que éste se rige en primer lugar. Es decir, el contrato se regiría en primer lugar por las normas propias del Derecho Eclesiástico ya aludidas y, en segundo lugar, con carácter supletorio, por las propias del Derecho Laboral en lo que afecta al contrato de trabajo y demás situaciones de él derivadas.

La fórmula del *«oportuno convenio» con el Ordinario del lugar* parece, en cambio, una fórmula más flexible y menos tipificada en las normas jurídicas del Derecho común estatal. Parece que con la expresión *«oportuno convenio»* se ha huido de una fórmula rígida y se ha buscado un instrumento flexible para establecer la relación. Si consideramos la praxis que se ha venido utilizando anteriormente entre diversas instituciones hospitalarias y los Ordinarios de los lugares, la naturaleza jurídica de esos convenios tenía un *carácter administrativo*, pues solía tratarse de contratos administrativos de gestión de servicios, utilizando el régimen jurídico previsto en la Ley de Contratos del Estado[12]. En este caso, el Convenio pasaba a regirse más bien por el Derecho Administrativo, sometiéndose también a la jurisdicción contencioso–administrativa y no a la jurisdicción laboral como sería el caso del contrato de trabajo.

Este tipo de convenios, siempre según la praxis anterior, establecía más bien una relación directa con el Ordinario o con la Diócesis, que eran el equivalente

12. En el artículo 4º de la Ley de Contratos del Estado se distinguen los tres tipos principales de los contratos que celebra la Administración sometidos al Derecho Administrativo; los contratos de obras, los contratos de gestión de servicios públicos del Estado y los contratos de suministros. El régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos se encuentra en el título 2 de esa Ley (artículos 62-82).

a la empresa encargada de la gestión del servicio (si queremos compararlo a otros contratos de gestión de servicios públicos), siendo los capellanes un personal que dependía también directamente del Ordinario que lo designaba para desempeñar el servicio, cosa que se manifestaba también en el modo de recibir las retribuciones, pues generalmente la retribución se hacía directamente al Ordinario para que él pagase después al capellán o capellanes. De este modo, parecía delimitarse con mayor claridad la vinculación que el servicio religioso tiene con la Autoridad Eclesiástica en lo que se refiere al contenido y ejercicio de las funciones propias del mismo, así como la dependencia que el personal de ese servicio ha de conservar respecto al Ordinario del lugar.

Da la impresión de que en el Acuerdo vigente sobre asistencia religiosa no se ha querido tipificar la figura del Convenio configurándola como un contrato administrativo de gestión de servicios, sino que se ha dejado deliberadamente *abierta* en cuanto a su régimen jurídico, para que sean las propias partes interesadas que intervienen en el convenio las que puedan darle el contenido más adecuado a las finalidades que con él se pretenden. En este sentido aludía antes a *la flexibilidad de la figura,* cosa que parece también coherente con el carácter específico de las funciones del servicio religioso, que parecen requerir un instrumento jurídico adecuado a sus características propias y, por tanto, también a su propia tipicidad jurídica. En este sentido, me parece que este convenio puede participar de condiciones que sean propias, tanto de los contratos administrativos de gestión de servicios como de los contratos de trabajo, e incluso de los contratos civiles de arrendamiento de servicios, figura esta última que, en definitiva, se encuentra en el origen de las otras dos[13].

13. Respeto al carácter flexible de estas figuras contractuales y de su régimen jurídico afirman lo siguiente los profesores García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: «Hablar de un régimen jurídico específico de los contratos administrativos sólo es posible, en sede doctrinal, sobre la base de una serie de generalizaciones sucesivas. Un régimen jurídico unitario para todos los contratos administrativos no ha existido nunca ni existe tampoco en la actualidad. No puede existir, incluso, dada la diversidad de tipo contractuales y el hecho de que toda la materia contractual está presidida por el principio de Libertad de pactos (arts. 1.255 CC y 3 L.C.E.), que permite configurar indefinidamente negocios concretos no reconducibles a los tipos habituales (contratos atípicos o innominados). Sobre todas estas figuras contractuales, típicas o atípicas, incide la presencia de la Administración que cuando las utiliza en el ámbito de su propia competencia funcional introduce en ellas una modalización peculiar que es la que permite calificarlas de contratos administrativos propiamente dichos. Esto supuesto, resulta obvia la imposibilidad de definir un régimen jurídico unitario para todos los contratos administrativos, así como la necesidad de admitir la existencia de tantos regímenes singulares como contratos celebra la Administración en el ámbito de su giro o tráfico específico.

El régimen jurídico de los contratos administrativos no es, por tanto, unitario y puro, sino variable y mixto, apareciendo siempre mezclados en distintas proporciones el Derecho administrativo y el Derecho privado.

En el Acuerdo no se ha recurrido, sin embargo, a la fórmula *del funcionariado* como modo, conocido también en situaciones jurídicas anteriores, de instaurar la relación de servicio entre el personal y las administraciones públicas que gestionen hospitales. Con ello parece haberse querido evitar una fórmula que pudiese llevar a confundir la prestación del servicio religioso con una función del Estado, cosa que parece podría afectar a la laicidad del Estado. Personalmente estimo que, aunque el concepto de «servicios públicos» parece ser distinto del de «funciones públicas» del Estado, pues no todos los servicios públicos tienen por qué ser funciones del Estado[14] y, por otra parte, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, la fórmula del funcionariado tiene un carácter meramente instrumental que en absoluto afecta a la laicidad del Estado[15], parece no obstante preferible elegir otras fórmulas distintas del funcionariado en las que

En toda clase de contratos de la Administración es patente la mezcla del Derecho administrativo y el Derecho privado. Hay, pues, que estar a las reglas específicas de cada contrato, porque son esas reglas, y no una genérica calificación del mismo como administrativo o como privado, las que definen su concreto régimen jurídico». García de Enterría, E. – Fernández, T. R., *Curso de Derecho administrativo,* I, Madrid [4]1983, 645-647.

Respecto a las relaciones entre el contrato de trabajo y el contrato civil de arrendamiento de servicios, que es la figura de la que surgió, puede verse Montoya Melgar, A., *Derecho del trabajo,* Madrid [6]1985, 269-271.

14. Sobre el concepto de servicio público y su distinción de otras figuras afines, como la de función pública y demás, puede verse de la Cuétara, J. M., *La actividad de la Administración,* Madrid 1983, 119-144.

15. En la sentencia de 13 de mayo de 1982, el Tribunal Constitucional, a propósito de la asistencia religiosa en el ejército llevada a cabo por el cuerpo de capellanes castrenses, se planteó ya la cuestión ahora mencionada. Según la sentencia, la técnica administrativa que la Administración utilice para la prestación de los servicios públicos es una facultad reservada a la opción del legislador.

En esa sentencia se afirma lo siguiente: «¿Cómo puede el Estado prestar el servicio de asistencia religiosa? Puede hacerlo a través de sus propios medios, incardinando en su propia organización a las personas más aptas para la prestación del servicio o puede hacerlo a través de fórmulas de «gestión indirecta».

El Derecho comparado ofrece a este respecto muy variadas soluciones… La opción por uno de estos dos sistemas viene condicionada por datos o factores históricos o tradicionales. Y sobre todo «corresponde a la discrecionalidad política de la Ley (del Parlamento) establecer los modos y formas en que se articula la cooperación». La preferencia por el sistema que la demanda califica de «integración orgánica» o por otras fórmulas de asistencia religiosa, por su significado secundario o instrumental debe quedar confiado a la opción del legislador, sin que la Constitución imponga una única solución, lo que sería la negación del pluralismo político como el Tribunal ha destacado desde sus primeras sentencias.

Tanto en el sistema de «integración orgánica» como en los sistemas de «gestión indirecta», el servicio de asistencia se presta por los ministros de culto de cada religión. En el sistema de «integración orgánica», la cualidad del funcionario se ostenta no por ser ministro de culto, sino –como cualquier funcionario– por superar las pruebas selectivas, aunque el título exigido para concurrir a ellas sea un título eclesiástico que para estos efectos los Estados homologan como adecuado a la función a desempeñar». Cfr. BOE de 9 de junio de 1982, 9.

se destaque mejor la diversa competencia que en la prestación del servicio corresponde al Estado y a la Iglesia. Por eso, las dos fórmulas posibles escogidas por el Acuerdo parecen ser más adecuadas a la naturaleza del servicio religioso que se presta en los centros públicos.

En cuanto a los *derechos y obligaciones* propios del personal del servicio religioso, según el Acuerdo, serán aquellos «que se deduzcan de la relación jurídica existente, en las mismas condiciones que el resto del personal de los respectivos centros hospitalarios» (artículo 7º). Lo que quiere decir que ese estatuto jurídico dependerá del tipo de contrato o convenio que se haya utilizado para establecer la relación jurídica, y por tanto podrá prevalecer el régimen laboral, el administrativo o el civil, participando incluso de todos ellos. Por lo demás, en el propio Acuerdo se hace referencia a algunos de esos derechos y obligaciones como, por ejemplo, en relación con la Seguridad Social (artículo 7º), con la cesación del contrato (artículo 4º), relaciones con la Dirección y resto de los servicios del hospital (artículo 5º), respecto a los derechos y situaciones adquiridas (disposición transitoria), etc.[16].

En cuanto al *número mínimo de capellanes y a su retribución,* el Acuerdo lo establece en dos Anexos, en los que se tiene en cuenta, respectivamente, el número de camas del hospital y los índices de subida salarial de los empleados de centros hospitalarios a la hora de actualizar las retribuciones[17].

7. Medios y recursos materiales del servicio religioso

El espíritu del Acuerdo a la hora de considerar estos medios parece es el de procurar que sean *suficientes y adecuados a las funciones propias del servicio religioso.* A ello se refiere el artículo 3.º, según el cual «dispondrá de los locales adecuados,

Sobre los modos de establecimiento y gestión de los servicios públicos, con referencia a los modos de gestión directa e indirecta por parte de la Administración, puede verse de la Cuétara, *La actividad de la Administración,* cit., 168-192.

16. En el Convenio celebrado entre el INSALUD y la CEE se detallan más algunos de estos derechos y obligaciones como, por ejemplo, en relación con el descanso semanal y las vacaciones (artículo 5º, en relación con la formación permanente y asistencia a cursillos, congresos y reuniones de perfeccionamiento técnico y pastoral (artículo 5º, en relación al número de horas que exigen la dedicación a tiempo pleno y a tiempo parcial (Anexo 2), etc.

17. En el Anexo I del Acuerdo se establece el número mínimo de capellanes en cada hospital acudiendo exclusivamente al criterio del número de camas. Quizá hubiese sido mucho más objetiva una situación basada, junto al número de camas, en las características de los enfermos internados, ya se trate de hospitales generales, quirúrgicos, maternidades, infantiles, de enfermos agudos, de enfermos crónicos, de enfermos mentales, con urgencias o sin urgencias, etc. Parece que las necesidades de asistencia religiosa pueden ser distintas entre unos centros y otros. Sin embargo, el Acuerdo ha elegido el criterio de la uniformidad.

tales como capellán, despacho y lugar para residir o en su caso pernoctar, y de los recursos necesarios para su prestación».

La necesidad de la *capilla* y del *despacho* tiene un evidente carácter permanente. El tamaño de la capilla deberá guardar relación con las necesidades del hospital y por eso podría variar de un hospital a otro. En cuanto al *lugar para residir o en su caso pernoctar el personal,* dependerá de si el capellán o personal del servicio religioso vive permanentemente en el hospital, teniendo en él su domicilio o no. En este último caso, deberá existir al menos un lugar para pernoctar el personal de guardia, para casos de urgencia y demás.

En todo caso, la parquedad con que se refiere el Acuerdo a estos recursos materiales puede ser suplida por la excelente aplicación normativa que del artículo 3º del Acuerdo hace el Convenio concertado entre el INSALUD y la CEE. En el artículo 9.º del citado convenio se contiene una buena explicitación y, a la vez, concreción del Acuerdo en lo que se refiere a recursos materiales. Su transcripción puede ser el mejor comentario a esta cuestión.

«El servicio de asistencia católica dispondrá de capilla para la oración de los fieles y la celebración del culto. Se procurará en todo caso que esté en lugar idóneo y de fácil acceso a los enfermos. Su número y tamaño estará en función de la estructura del complejo hospitalario y de las necesidades religiosas del mismo.

El servicio religioso dispondrá de despacho, a ser posible cercano a la capilla, para recibir visitas y guardar archivos, así como local adecuado para que los capellanes que integran el servicio puedan residir, o en su caso, pernoctar.

El servicio religioso dispondrá de los recursos materiales necesarios para el ejercicio de sus funciones. Con este fin elaborará anualmente un proyecto de presupuesto, que someterá a la aprobación de la gerencia. El presupuesto del centro hospitalario incluirá los gastos de adquisición, mantenimiento y renovación del equipamiento necesario para el funcionamiento del servicio, así como los que se estimen necesarios para llevar a la práctica la asistencia religiosa y atención pastoral programada y aprobada para el año».

En relación con la *dotación presupuestaria* para financiar los gastos de servicio religioso, el artículo 6º del Acuerdo prevé que sea el Estado quien se haga cargo de ella, transfiriendo las cantidades precisas a la administración sanitaria competente. Por otra parte, la apertura y cierre de centros hospitalarios del sector público llevará consigo el establecimiento o la supresión, en su caso, del servicio de asistencia religiosa católica, con el personal, recursos y locales correspondientes (artículo 8º del Acuerdo).

Finalmente, en relación con los *centros hospitalarios privados* no se menciona nada en el Acuerdo, expresamente concebido para centros públicos. Pero dada

la referencia que a ellos se hace en el artículo IV, 1) del Acuerdo jurídico entre la Santa Sede y el Estado español, según el cual «el Estado reconoce y garantiza el ejercicio del Derecho a la asistencia religiosa de los ciudadanos internados en establecimientos … tanto privados como públicos»; parece que el espíritu del Acuerdo aboga porque esa garantía se haga también efectiva por el Estado en los casos en que se produzcan *conciertos* entre los centros sanitarios privados y la Seguridad Social. Seria perfectamente congruente con el espíritu de la norma el exigir, entre las condiciones que se requieren para el concierto, la creación del servicio religioso para atender las prestaciones propias de la asistencia religiosa. De otro modo, se establecería una discriminación entre los beneficiarios de la Seguridad Social, que en unos casos, en los centros sanitarios públicos, gozarían del servicio de asistencia religiosa, y en otros casos, en los centros privados en régimen de conciertos, no disfrutarían de los mismos beneficios.

INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA*

FACULTAD DE DERECHO CANÓNICO
UNIVERSIDAD DE NAVARRA

1. Manuales del Instituto Martín de Azpilcueta

Esta Colección se propone, ante todo, ofrecer a los alumnos de los cursos de Licenciatura en Derecho canónico un instrumento básico para preparar específicamente el programa de las distintas disciplinas que la integran.

2013	E. Molano	*Derecho Constitucional Canónico* [Eunsa]
2011	T. Rincón-Pérez	*La vida consagrada en la Iglesia Latina. Estatuto teológico-canónico* (2.ª ed.) [Eunsa]
2010	A. Viana	*Organización del gobierno en la Iglesia* (3.ª ed.) [Eunsa]
2009	T. Rincón-Pérez	*El orden de los clérigos o ministros sagrados* [Eunsa]
2007	T. Rincón-Pérez	*La liturgia y los sacramentos en el Derecho de la Iglesia* (3.ª ed.) [Eunsa]
2005	J. Orlandis	*Historia de las instituciones de la iglesia católica. Cuestiones fundamentales* (2.ª ed.) [Eunsa]
2003	C de Diego-Lora, R. Rodríguez-Ocaña	*Lecciones de derecho procesal canónico. Parte general* [Eunsa]
2001	J. Miras, J. Canosa, E. Baura	*Compendio de Derecho Administrativo Canónico* (2.ª ed.) [Eunsa]

2. Tratados y Manuales

2014	J. Hervada	*Elementos de Derecho constitucional canónico* (3.ª ed.) [Eunsa]
2010	J. Escrivá Ivars	*El proceso contencioso declarativo de nulidad de matrimonio canónico* (2.ª ed.) [Eunsa]
2010	J. Hervada	*Introducción al estudio del Derecho canónico* (2.ª ed.) [Eunsa]
2009	J.M.ª González del Valle	*Derecho canónico matrimonial* (11.ª ed.) [Eunsa]
2007	J.-P. Schouppe	*Derecho patrimonial canónico* [Eunsa]
2006	A. Viana	*Introducción al estudio de las prelaturas* [Eunsa]
2006	P. Bianchi	*¿Cuándo es nulo el matrimonio?* (2.ª ed.) [Eunsa]
2006	J. Ferrer (coord.) J. Fornés, J.M.ª González Valle, P. Lombardía, M. López Alarcón, R. Navarro Valls, P.J. Viladrich	*Derecho eclesiástico del Estado español* (6.ª ed.) [Eunsa]
1994	J. de Otaduy (coord.)	*Tratado de Derecho eclesiástico* [Eunsa]

* La información completa sobre las publicaciones del Instituto puede consultarse en la dirección web: http://www.unav.es/ima

1993	E. Labandeira	*Tratado de Derecho administrativo canónico* (2.ª ed.) [Eunsa]
1991	J. Calvo (coord.)	*Manual de Derecho canónico* (2.ª ed.) [Eunsa]
1987	J. Hervada	*Elementos de Derecho constitucional canónico* [Eunsa] (agotado)
1980	G. Feliciani (traduc. E. Molano)	*Elementos de Derecho canónico* [Eunsa]
1975	Catedráticos de Derecho canónico de Universidades españolas	*Derecho canónico* (2.ª ed.) [Eunsa]
1970/73	J. Hervada-P. Lombardía	*El Derecho del Pueblo de Dios*. I. *Introducción. La constitución de la Iglesia* [Eunsa] III. *Derecho matrimonial* [Eunsa]
1964	V. del Giudice (traduc. P. Lombardía)	*Nociones de Derecho canónico*

3. Textos legislativos y Comentarios

— *Código de Derecho Canónico. Edición anotada* (7.ª ed. 2007).

Se han publicado ediciones en inglés, francés, italiano, portugués y catalán. También varias ediciones castellanas en México y Colombia.

— *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico* (3.ª edición, 2002), obra dirigida y coordinada por los Profs Ángel Marzoa, Jorge Miras y Rafael Rodríguez-Ocaña, 5 volúmenes (8 tomos). Publicado por Eunsa.

5. Colección canónica

La *Colección canónica*, comenzada en el año 1959, está integrada por monografías sobre temas de Derecho canónico y eclesiástico. Últimos títulos publicados:

2015	E. Molano	*Cuestiones fundamentales de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado* [Eunsa]
2014	J.I. Bañares, J. Bosch (eds.)	*La formación de la voluntad matrimonial: anomalías, patologías y normalidad. Actas del X Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta (Pamplona, noviembre de 2012)* [Eunsa]
2014	J. Hervada	*El* ordo universalis *como fundamento de una concepción cristiana del derecho y otros escritos de la primera época* [Eunsa]
2013	J. Otaduy (ed.)	*Régimen legal de los lugares de culto. Nueva frontera de la libertad religiosa. Actas del IX Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta (Pamplona, 9, 10 y 11 de noviembre de 2011)* [Eunsa]
2012	E. Herrera Ceballos	*El Registro de Entidades religiosas. Estudio global y sistemático* [Eunsa]
2012	A. Lizarraga Artola	*Discursos pontificios a la Rota Romana* [Eunsa]
2012	A. M. Rodrigues Araújo	*Iglesias y organizaciones no confesionales en la Unión Europea. El artículo 17 del TFUE* [Eunsa]
2011	J.I. Rubio López	*Hacia la primera libertad. Libertad religiosa en los EE.UU.: de las Colonias a la Corte Rehnquist (1600-1986)* [Eunsa]
2010	J.A. Fuentes (ed.)	*Las asociaciones de fieles. Aspectos canónicos y civiles. Actas del VIII Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta (Pamplona, 4 al 6 de noviembre de 2009)* [Eunsa]
2010	J.J. Guardia	*Libertad religiosa y urbanismo. Estudio de los equipamientos de*

		uso religioso en España [Eunsa]
2009	E. Baura (ed.)	*Estudios sobre la prelatura del Opus Dei. A los veinticinco años de la Constitución apostólica* Ut sit [Eunsa]
2008	D. Zalbidea	*El control de las enajenaciones de bienes eclesiásticos. El patrimonio estable* [Eunsa]
2008	J. M. Murgoito	*Igualdad religiosa y diversidad de trato de la Iglesia Católica* [Eunsa]
2008	E. Tejero	Sacramenta, communio et ius. *Datos históricos permanentes* [Eunsa]
2008	J. Otaduy; D. Zalbidea (eds.)	*El sostenimiento económico de la Iglesia Católica en España. Nuevo modelo. Actas del VII Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta (Pamplona, 24 al 26 de octubre de 2007)* [Eunsa]
2008	J. Hervada	*El ordenamiento canónico. Aspectos centrales de la construcción del concepto* [Eunsa]
2007	T. Rincón-Pérez	*El matrimonio cristiano: sacramento de la Creación y de la Redención* (2.ª ed.) [Eunsa]
2007	E. Tejero	*¿Imposibilidad de cumplir o incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio? Historia, jurisprudencia, doctrina, normativa, magisterio, interdisciplinariedad y psicopatología incidentes en la cuestión* (2.ª ed.) [Eunsa]
2007	R. Rodríguez-Ocaña J. Sedano (eds.)	*Procesos de nulidad matrimonial. La Instr. «Dignitas connubii» Actas del XXIV Curso de Actualización en Derecho Canónico de la Facultad de Derecho Canónico* (2ª ed.) [Eunsa]
2006	M. Delgado	*El domicilio canónico* [Eunsa]
2006	J.I. Rubio	*La primera de las libertades. La libertad religiosa en los EE.UU. durante la Corte Rehnquist (1986-2005): una libertad en tensión* [Eunsa]
2005	J.Mª Vázquez M.Á. Morales	*El pase regio. Esplendor y decadencia de una regalía* [Navarra Gráfica Ediciones]
2005	J. Hervada	*Vetera et nova. Cuestiones de Derecho canónico y afines (1958-2004).* Segunda edición remodelada [Navarra Gráfica Ediciones]
2005	J.I. Bañares, J. Bosch (eds.)	*Consentimiento matrimonial e inmadurez afectiva. Actas del VI Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilcueta (Pamplona, 3-5.XI.2004)* [Eunsa, 2007]
2004	I. Jiménez-Aybar	*El Islam en España. Aspectos institucionales de su estatuto juríco* [Navarra Gráfica Ediciones]
2004	J. Hervada	*Tempvs otii. Fragmentos sobre los orígenes y el uso primitivo de los términos «praelatvs»* y *«praelatvra»* [Navarra Gráfica Ediciones]
2004	J. Hervada	*Pensamientos de un canonista en la hora presente* [Navarra Gráfica Ediciones]
2004	F. Puig	*La esencia del matrimonio a la luz del realismo jurídico* [Navarra Gráfica Ediciones]
2004	M. Areitio	*Obediencia y libertad en la vida consagrada* [Navarra Gráfica Ediciones]
2003	M. Rodríguez Blanco	*Los convenios entre las administraciones públicas y las confesiones religiosas* [Navarra Gráfica Ediciones]
2003	J. Hervada	*Pueblo cristiano y circunscripciones eclesiásticas* [Navarra Gráfica Ediciones]
2003	J. Otaduy; E. Tejero; A. Viana (eds.)	*Migraciones, Iglesia y Derecho. Actas del V Simposio del Instituto Martín de Azpilcueta sobre «Movimientos migratorios y acción de la Iglesia. Aspectos sociales, religiosos y canónicos»*

		(Pamplona, 16 y 17.IX.2002) [Navarra Gráfica Ediciones]
2002	J. Otaduy	*Fuentes, Interpretación, Personas. Estudios de Derecho canónico* [Navarra Gráfica Ediciones]
2002	A. Viana	*Derecho canónico territorial. Historia y doctrina del territorio diocesano* [Navarra Gráfica Ediciones]
2002	R. Rodríguez-Ocaña	*La demanda judicial canónica* [Navarra Gráfica Ediciones]
2002	J. Hervada	*Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico* (2.ª ed. corregida y aumentada) [Navarra Gráfica Ediciones]
2002	J. Hervada	*Los eclesiasticistas ante un espectador. Tempvs otii secvndvm* (2.ª ed. corregida y aumentada) [Navarra Gráfica Ediciones]
2001	A. Lizarraga Artola	*Discursos pontificios a la Rota romana* [Navarra Gráfica Ediciones]
2001	Z. Combalía	*El derecho de libertad religiosa en el mundo islámico* [Navarra Gráfica Ediciones]
2001	J. Otaduy (ed.)	*Diálogo sobre el futuro de la ciencia del Derecho eclesiástico en España. Trabajos de la Reunión organizada por el «Instituto Martín de Azpilcueta»* [Navarra Gráfica Ediciones]
2001	J. González Ayesta	*La naturaleza jurídica de las «facultades habituales» en la codificación de 1917* [Navarra Gráfica Ediciones]
2000	V. Gómez-Iglesias A. Viana-J. Miras	*El Opus Dei, Prelatura personal. La Constitución Apostólica «Ut sit»* [Navarra Gráfica Ediciones]
2000	G. Núñez González	*Tutela penal del sacramento de la penitencia. La competencia de la Congregación para la Doctrina de la Fe* [Navarra Gráfica Ediciones]